
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

1890

RECHTSGELEERD MAGAZIJN.

TIJDSCHRIFT

VOOR

BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSSTUDIE,

ONDER REDACTIE VAN

Mrs. H. L. DRUCKER en W. L. P. A. MOLENGRAAFF,

Hoogleeraren te Leiden en te Utrecht.

NEGENDE JAARGANG.

HAARLEM,
DE ERVEN F. BOHN.
1890.

INHOUD.

(De Boekbeschouwingen en Aankondigingen, waarbij de schrijver niet wordt vermeld, zijn van de Redactie.)

Wetgeving.

Rechtspraak.

Boekbeschouwingen en Aankondigingen.

a. Nederlandsche literatuur.

Proefschriften.

DE „EXCEPTIO OBSCURI LIBELLI",

DOOR

Mr. J. C. NABER,

Hoogleeraar te Utrecht.

Een onbepaalde eisch, — dat wil zeggen, eene actie wier bestaanbaarheid niet door voldoende gronden („middelen") wordt gestaafd, of wier object („onderwerp") niet voldoende is omschreven, — is niet vatbaar voor toewijzing.

Deze eenvoudige regel van materiëel actiënrecht is uit den aard der zaak ook ten onzent van kracht. Niet, omdat de wetgever hem uitdrukkelijk heeft uitgesproken. Zij, die dit meenen, en in art. 5 3° Rv. het voorschrift achten te zijn nedergelegd [1]), verkeeren in een tastbare dwaling. Zij verwarren het formeele met het materiëele actiënrecht, bepalingen aangaande den vorm der dagvaarding met een regel, die de gesteldheid der actie zelve aangaat, voorschriften, die op een tijdelijken procesvorm betrekking hebben, met een voorschrift, dat, onafhankelijk van iederen procesvorm, uit de natuur van het actiënrecht rechtstreeks kan worden afgeleid [2]). Doch, dwalen zij, zij dwalen minder dan degenen, die van oordeel zijn [3]), dat men zich bij ons op dien regel niet beroepen mag, nu de wetgever hem nergens uitdrukkelijk heeft uitgesproken. Onafhankelijk van wettelijke sanctie, blijft het beginsel, dat wij bespreken, daarom van kracht, omdat „de rechter (niet) genoodzaakt (kan) worden tot het

---

[1]) Rb. Amsterdam 6 Jan. 1847 (*W*. n°. 847); 15 Nov. 1853 (*W*. n°. 1498); Rb. Groningen 5 Feb. 1875 (*W*. n°. 3972).

[2]) Rb. Amsterdam 27 Juni 1856 (*W*. n°. 1775).

[3]) Rb. Amsterdam 23 Mrt. 1869 (*W*. n°. 3138).

onmogelijke", gelijk de rechtbank te Nijmegen [1]) het kort en kernachtig uitdrukt. Indien het der actie hapert aan een voldoende motiveering, of aan een duidelijk omschreven object, dan kan de rechter niets anders doen, dan den eischer „in het ongelijk stellen" (art. 56 Rv.). Toch blijft hem de keuze tusschen de verschillende termen, waarvan men zich bedient, wanneer de verweerder wint. Hij kan den eisch ontzeggen [2]), den eischer niet-ontvankelijk verklaren [3]), of wel den verweerder van de instantie ontslaan [4]); immers de wet gebiedt nergens, zich van een dier termen bij voorkeur, of in bepaalde gevallen te bedienen [5]); en zij, die eenig onderscheid in beteekenis meenen waar te nemen, verdienen al den spot, waarmede Cicero [6]) de juristen uit zijne dagen kastijdt, die het onderscheid van *res* en *lis*, *arbiter* en *judex*, „overmorgen" en „over twee dagen" meenden te kennen. Doch, welken term men kieze [7]), dat de eischer in het ongelijk gesteld moet worden, lijdt geen twijfel. Ware dus al de exceptie van nietigheid door den rechter verworpen,

---

1) Sine die 1855 (*W.* n°. 1722).

2) Rb. Amsterdam 18 Juni 1880 (*W.* n°. 4605).

3) H. R. 18 Mrt. 1853 (*Ned. Regtspr.* 44 p. 173), 7 Mrt. 1856 (*R. Bijbl.* 1856 p. 242). — Hof Groningen 11 Dec. 1871 (*W.* n°. 3396). — Rb. Amsterdam 27 Juni 1856 (*W.* n°. 1775), 3 Dec. 1862 (*W.* n°. 2459), 23 Nov. 1882 (*W.* n°. 4908); Rb. Rotterdam 22 Nov. 1876 (*W.* n°. 4052); Rb. Tiel 12 Juni 1868 (*W.* n°. 3152); Rb. Nijmegen sine die 1855 (*W.* n°. 1722); Rb. Zutfen 29 Mrt. 1877 (*W.* n°. 4167); Rb. Groningen 5 Feb. 1875 (*W.* n°. 3972).

4) cap. 15 X. 2. 1 (zie vooral de inscriptie).

5) Tenzij men in art. 75 Rv. zoodanig bindend voorschrift mocht willen zien.

6) *Pro Murena* 12 § 27.

7) Behalve „niet-ontvankelijk verklaren" komen nog een aantal andere extralegale termen in aanmerking. Zie eene bloemlezing bij Pothier, *Traité de la procédure civile*, (éd. 1821) I p. 155. Zooals de termen bij ons in de praktijk gebezigd worden, zijn niet-ontvankelijk verklaring en ontslag van de instantie niets dan ontzeggingen onder voorbehoud. De wetgever (art. 2018) vergenoegt zich dan ook met den éénen term „ontzegging". Terecht spreekt Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 634[4], 670[4] in dezen samenhang van „*Floskeln*".

of door het verzuim des gedaagden gedekt, en dientengevolge iedere gedachte aan toepassing van art. 5 3° Rv. buitengesloten, de ontzegging of niet-ontvankelijk verklaring wegens onbepaaldheid van den eisch zou even zeker moeten worden uitgesproken [1]), als, zelfs bij verstek (art. 76 Rv.), zoodanige actie voor geen toewijzing vatbaar is. Zij, die het tegendeel beweren [2]), zijn verder van de wijs, dan degenen [3]), die in zoodanig geval op grond van de (reeds gedekte) nietigheid der dagvaarding den eisch ontzeggen; want de fictie, waarvan men zich dusdoende bedient, is wel overbodig, maar daarentegen dood onschuldig.

Wie, onafhankelijk van ieder wettelijk voorschrift, den „onbestemden en voor verificatie onvatbaren eisch" [4]) niet-ontvankelijk acht, kan den wetgever bezwaarlijk er een grief van maken, dat hij het vereischte der bepaaldheid nergens in een wetsartikel geformuleerd, en ons alzoo de zotte [5]) mededeeling, die art. 1356 3° B. W. aangaande het verbintenissenrecht doet, in zake het actiënrecht onthouden heeft. Daarmede is niet gezegd, dat wij zijne onthouding moeten prijzen, waar hij het trekken der grenslijn tusschen bepaald en onbepaald zóó geheel aan het *arbitrium judicis* heeft overgelaten, als thans, vooral ten aanzien van het object, het geval is. Wel is waar schijnt art. 134 Rv. eenig licht te verspreiden, indien men namelijk aanneemt [6]), als beginsel in dat artikel nedergelegd, dat ieder *petitum* slechts beschouwd moet worden als een maximum, dat even goed door den rechter bij zijne uitspraak, als door den eischer bij conclusie verminderd kan worden. In die vooronderstelling zal

---

[1]) Rb. Amsterdam 3 Dec. 1862 (*W.* n°. 2459), in zooverre bevestigd door Hof Nd.-Holland 28 Apr. 1864 (*W.* n°. 2607); Rb. Amsterdam 23 Nov. 1882 (*W.* n°. 4908); Rb. Nijmegen sine die 1855 (*W.* n°. 1722); Rb. Zutfen 29 Mrt. 1877 (*W.* n°. 4167).

[2]) H. R. 7 Mrt. 1856 (*R. Bijbl.* 1856 p. 242). — Hof Groningen 11 Dec. 1871 (*W.* n°. 3396). — Rb. Tiel 12 Juni 1868 (*W.* n°. 3152).

[3]) Rb. Goes 5 Jan. 1877 (*W.* n°. 4151).

[4]) H. R. 18 Mrt. 1853 (*Ned. Rgtspr.* 44 p. 173).

[5]) Art. 1369 is enkel kinderachtig.

[6]) Met H. R. 21 Dec. 1888 (*W.* n°. 5653). — Vgl. Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 624.

iedere actie als bepaald moeten worden aangemerkt, die een bepaald maximum aanwijst, bijv. de geldvordering „onder aftrek van alle bewijsbare betalingen" [1]). Maar vooreerst is die interpretatie van art. 134 Rv. verre van noodzakelijk, en ten tweede blijft het zelfs dan nog een open vraag, welke maxima als bepaald te beschouwen zijn, dewijl pertinente voorschriften dienaangaande ontbreken. Vandaar nieuwe twijfelingen, in de praktijk bekend, of te voorzien, wier beantwoording in de meeste gevallen niet uit de wet kan worden afgeleid. Is de vordering tot „overdracht van eenig copierecht" [2]), die tot „restitutie van verplegingskosten" [3]), die tot „voldoening eener verschenen korenrente" [4]) bepaald? Hoe staat het in dit opzicht met de alternatieve vordering [5])? Kan men veroordeeling der vroegere aandeelhouders eener ontbonden reederij „naar evenredigheid van ieders aandeel" vorderen, indien men de juiste breuk voor geen hunner weet aan te geven [6])? Wat mij betreft, ik zoude bij het stilzwijgen der wet, elke der genoemde actiën genoegzaam bepaald achten, — de alternatieve, evenals Hellmann [7]), onder het voorbehoud, dat de keuze aan den gedaagde zij, dus wèl in gevallen als dat van art. 177 K., niet in gevallen als dat van art. 1303 B. W. Doch werd geconcludeerd „tot veroordeeling van den verweerder tot praestatie van alles, waartoe hij volgens de wet verplicht is", dan geloof ik met de rechtbank te Amsterdam, dat de actie te onbepaald zou zijn, „om daarop recht te doen" [8]). Cuiacius [9]) echter is

[1]) Zie Léon ad art. 5 Rv., n°. 18.

[2]) Toestemmend: Rb. Amsterdam 23 Mei 1889 (*W.* n°. 5744).

[3]) Ontkennend: Rb. Assen 18 Mrt. 1844 (*W.* n°. 532). — Vgl. Rb. Groningen 5 Feb. 1875 (*W.* n°. 3972).

[4]) Toestemmend: Rb. Nijmegen 7 Dec. 1847 (*W.* n°. 895).

[5]) In het midden gelaten door: Rb. Tiel 12 Juni 1868 (*W.* n°. 3153).

[6]) Ontkennend: Rb. Amsterdam 3 Dec. 1862 (*W.* n°. 2459).

[7]) *Gesetzgebung des deutschen Reiches* I. 3. 2. p. 8.

[8]) „in strijd met art. 5 3°" voegt de rechtbank er bij, waardoor de gedachtengang gevitiëerd en een materiëele onjuistheid begaan wordt (Rb. Amsterdam 6 Jan. 1847, *W.* n°. 847).

[9]) ad c. 3 C. 7. 40.

van de tegenovergestelde meening.

Slechts in die gevallen vinden wij een richtsnoer in de wet, waar deze eenige praestatie aanwijst als voldoenden inhoud van het dispositief der uitspraak. Immers, wat als *judicatum* genoegzaam omschreven wordt geacht, is uit den aard der zaak bepaald genoeg als *petitum*. De vordering tot „ontruiming van een onroerend goed" is op dien grond alleen reeds een bepaalde vordering (art. 123 Rv.). Hetzelfde geldt van de vordering tot „schadevergoeding" [1]) (art. 612 Rv.). Daarom te meer is het te betreuren, dat de wet ons in vele gevallen in het onzekere laat, tot welke praestaties kan veroordeeld worden [2]). Ware slechts deze leemte aangevuld, de overige vragen aangaande de bepaaldheid van het object der actie zouden m. i. veilig aan het *arbitrium judicis* gedemandeerd kunnen blijven. Tenzij de wetgever bij dezelfde gelegenheid de vraag wilde oplossen, indertijd door Mr. A. M. Blom aan de orde gesteld, en op uitstekende wijze toegelicht [3]), of niet bij boekschulden aan het vooronderstelde beginsel van art. 134 Rv. gederogeerd en tot het stelsel van het vóór-Justinianeïsche recht in zake *certae formulae* [4]) teruggekeerd zou behooren te worden.

Ook ten aanzien der motiveering doen zich vragen voor, en zijn andere vragen denkbaar, die in de wet slechts in zooverre eene oplossing vinden, als ook het materiëele actiënrecht aan het materiëele privaatrecht (in engeren zin) ondergeschikt is. Daartoe behoort, dat als onbepaald moet worden afgewezen de actie uit (eenzijdige) overeenkomst, omdat deze „krachteloos", d. w. z. niet verbindend is, tenzij in verband met hare *causa* (art. 1371 B. W.). Men moet dus beide, de

---

[1]) Zie o. a. Rb. Amsterdam 23 Mei 1889 (*W.* n°. 5744).

[2]) Zie over dit onderwerp: Mr. Moltzer, in de *Aanteek. v. h. verhand. in de Sectie van Rechtsgel. v. h. prov. Utr. Gen.* 1883; Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 528 vlg.

[3]) *W.* n°. 987.

[4]) Zie over dat stelsel: Cic. *pro Q. Roscio* 4 § 10, 11; Gaius IV. § 53, 54, 56, 68. — § 33 Inst. IV. 6.

overeenkomst en de *causa* aanvoeren [1]), terwijl bij ontstentenis van iedere wettelijke omschrijving de vraag, welke feiten als *causa* kunnen volstaan, geheel aan het *arbitrium judicis* hangt. — Daartoe behoort verder, dat hij, die schadevergoeding eischt op grond van eene daad der tegenpartij, de onrechtmatigheid dier daad moet stellen, omdat niet uit iedere daad een verbintenis wordt geboren [2]); terwijl hij bovendien ook schade moet poseeren, „die immers niet uit het plegen van een onrechtmatige daad altijd en onomstootelijk volgt“ [3]). Daarbij dient echter wel gelet, of hij, die „schadevergoeding“ vraagt op grond van eene daad der tegenpartij, daarmede niet stilzwijgend althans de schade en wellicht ook de onrechtmatigheid poseert, even goed als hij, die stelt „eigenaar“ te zijn, daarmede implicite te kennen geeft „eenig eigenaar“ te zijn [4]). Immers even goed als overeenkomsten, uiterste wilsbeschikkingen, vonnissen, e. a. m. moeten conclusiën door den rechter worden uitgelegd [5]).

Nog andere vragen vinden in het materiëele privaatrecht oplossing, namelijk die, welke met de bewijsleer, of met de leer der vermoedens samenhangen. Van dien aard is de beslissing, dat hij, die de *actio negatoria* instelt, geen feiten behoeft aan te voeren, waaruit de vrijheid van zijn eigendom kan worden afgeleid, omdat ieder eigendom verondersteld wordt onbezwaard te zijn [6]) (art. 627 B. W.). Tot denzelfden kring behoort de vraag, die bij onze oostelijke naburen zeer op den voorgrond treedt [7]), of

---

1) v. Boneval Faure, *Procesrecht* I (2e dr.) p. 269.

2) Rb. Amsterdam 15 Nov. 1853 (*W.* n°. 1498).

3) Rb. Amsterdam 24 Mei 1888 (*W.* n°. 5563), in beginsel bevestigd door G.-Hof Amsterdam 14 Nov. 1888 (*W.* n°. 5640).

4) G.-Hof Amsterdam 10 Dec. 1886 (*W.* n°. 5438).

5) Zie o. a. H. R. 1 Febr. 1889 (*W.* n°. 5674). Is dit wel voldoende in het oog gehouden door Rb. Rotterdam 17 Nov. 1888 (*W.* n°. 5661)? — Een merkwaardig voorbeeld van zoodanige interpretatie geeft c. 3 C. 7. 40 (cf. Cuiac. ad hunc locum).

6) Rb. Amsterdam 10 Jan. 1855 (*R. Bijbl.* 1856 p. 34). — Vgl. Hof Drente 26 Jan. 1861 (*W.* n°. 2470).

7) Naar aanleiding van l. 11 § 2, l. 14 § 2 D. 44. 2; cap. 3 in

men direct op grond van eenig recht (eigendom, verbintenis) ageeren kan, dan wel alleen op grond van de feiten, waaruit dat recht geboren is (levering, overeenkomst). Ten onzent schijnt stilzwijgend te worden aangenomen, dat de actie geen andere motiveering behoeft, dan het recht zelf, waarin men gehandhaafd wenscht te worden [1]), eene liberale opvatting, die op zich zelve toejuiching verdient, en krachtigen steun vindt in art. 1902 B. W. [2]). Laat de wet rechtstreeksch bewijs niet alleen van feiten, maar ook van rechten toe, dan is geen grond te bedenken, waarom een recht geen voldoend „middel" zou zijn. Slechts moet men niet uit het oog verliezen, dat juist bij de verbintenis een bijzonder voorschrift de werking van den algemeenen regel uitsluit, gelijk ik reeds bij eene vorige gelegenheid betoogde [3]). In strijd met eene uitspraak der Groningsche rechtbank [4]) komt het mij voor, dat de actie uit eenzijdige verbintenis (zonder meer) naar hedendaagsch Nederlandsch recht niet opgaat, juist omdat het bestaan der verbintenis voor geen rechtstreeksch bewijs vatbaar is; tenzij men mocht meenen [5]), wat ik niet kan toegeven — op gronden, bij dezelfde gelegenheid ontvouwd [6]), —

VI°. 2. 14, die den eischer de keus laten tusschen het *agere expressa vel non expressa causa.*

[1]) Rb. Amsterdam 10 Jan. 1855 (*R. Bijbl.* 1856 p. 34), 1 Nov. 1888 (*W.* n°. 5712). — Rb. Groningen 20 Mrt. 1874 (*W.* n°. 3747).

[2]) Van het groote nut van dit artikel kan men zich overtuigen door de lectuur van Endemann, *Beweislehre* 1860 p. 39[5] en Mr. Moltzer, *Handel. jur. vereen.* 1889 I p. 199.

[3]) *Handel. jur. vereen.* 1889 I p. 43.

[4]) 20 Mrt. 1874 (*W.* n°. 3747). — Vgl. Rb. Amsterdam 3 Mrt. 1863 (*W.* n°. 2490), 23 Mrt. 1869 (*W.* n°. 3138); Rb. Groningen 27 Juni 1873 (*W.* n°. 3624). — Het gevoelen der Groningsche rechtbank vindt steun in cap. 3 in VI°. 2. 14, maar is in strijd met cap. 3 X 2. 3, dat niet alleen vermelding der *causa*, maar die vermelding reeds in het *libellé* verlangt.

[5]) Met Rb. Middelburg 10 Juni 1885 (*W.* n°. 5267). — Vgl. Rb. Amsterdam 23 Mrt. 1869 (*W.* n°. 3138); Rb. 's Hertogenbosch 30 Mrt. 1881 (*W.* n°. 4652).

[6]) *Handel. jur. vereen.* 1889 I p. 39.

dat de „*cautio indiscreta*" bij ons een geldig bewijsmiddel mag heeten.

Daar, waar het materiëele privaatrecht zwijgt, en zelfs geenerlei aanwijzing geeft, kan somtijds nog een onfeilbaar richtsnoer gevonden worden in de overweging, dat ook voor den rechter de regel: *à l'impossible nul n'est tenu*, geschreven is. De actie van art. 1544 B. W. is niet voor toewijzing vatbaar, indien den rechter de verborgen gebreken niet worden kenbaar gemaakt [1]); die van art. 1401 B.W., indien de eischer de ondergane schade niet omschrijft; de revindicatie, indien het goed, waarvan men beweert eigenaar te zijn, niet overeenkomstig art. 128 Rv. wordt aangeduid [2]). — Doch elk richtsnoer begeeft ons, waar de eischer zich van verschillende „middelen" alternatief bedient, bijv. revindiceert op grond van eigendom „of althans erfpacht" [3]), of eene praestatie vordert, in het midden latend, of zij als „erfpachtscanon", dan wel als „erfthijns" (grondrente) moet gekenschetst worden [4]). De rechtbanken beslissen hier afwijzend [5]); mij komt het voor, dat eene liberale rechtswetenschap met deze strengheid geen vrede kan hebben. Deze vragen en dergelijke meer, waarvoor ik eenerzijds naar de Duitsche literatuur [6]), anderzijds naar onze verdere jurisprudentie [7]) verwijs, zijn echter niet van dat belang, dat ik voor mij eene uit den aard der zaak onvolmaakte wettelijke regeling boven het

---

[1]) Rb. Amsterdam 18 Juni 1880 (*W.* n°. 4605).

[2]) Genoemd artikel heeft dus alleen belang wegens de woorden „in de dagvaarding".

[3]) Rb. Zutfen 29 Mrt. 1877 (*W.* n°. 4167).

[4]) Rb. Nijmegen sine die 1855 (*W.* n°. 1722).

[5]) Vgl. echter nog G.-Hof Amsterdam 3 Mei 1889 (*W.* n°. 5743); Rb. Rotterdam 7 Juni 1879 (*W.* n°. 4396). — Zie voor het Romeinsche recht: l. 1 § 4 D. 43. 3.

[6]) Zie bijv. Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 620—622.

[7]) Zie bijv. nog H. R. 18 Mrt. 1853 (*Ned. Regtspr.* 44 p. 173); Rb. Haarlem 24 Apr. 1888 (*W.* n°. 5745); Rb. Goes 5 Jan. 1871 (*W.* n°. 4151); Rb. Amsterdam 3 Mrt. 1863 (*W.* n°. 2490 en 2507); Léon ad art. 5 ns. 22, 34, 64.

tegenwoordige stelsel van vrije appreciatie zoude aanbevelen.

Tot zooverre het materiëele actiënrecht. Laat de wet ons hier den weg zelf zoeken, wat het formeele actiënrecht betreft, is ons een voorschrift gegeven in art. 5 3° Rv., dat evenwel niet zoo duidelijk is als men in billijkheid zoude kunnen verwachten. De dagvaarding, wordt daar gezegd, moet inhouden: „de middelen en het onderwerp van den eisch, met eene duidelijke en bepaalde conclusie". De liefhebberij van den wetgever, om verkeerde woorden te bezigen, blijkt ook hier weder, evenals in artt. 1356 3°, 1368, 1369, 1370 B.W., uit het noemen van „onderwerp", waar object bedoeld wordt [1]); zijne andere liefhebberij, namelijk, om zich te herhalen, uit het feit, dat hij tweemaal hetzelfde gezegd heeft. Want gronden en object te zamen maken juist de gemotiveerde conclusie uit. Daarom wilde ook de tweede afdeeling de woorden: „met eene duidelijke en bepaalde conclusie" geschrapt zien; zij vreesde, dat de gedaagde daaruit aanleiding zou putten tot chicanes [2]); een vrees, die later niet geheel ongegrond is gebleken [3]). Te meer mag het bevreemden, dat de Duitsche wetgever (*Civilprozessordn.* § 230) den onzen deze fout listig heeft afgekeken.

De vraag blijft, wat van ons artikel de zin is. In de eerste plaats zoude men zich kunnen voorstellen, dat de wetgever zich heeft willen plaatsen op het standpunt van die procesorde, die in Duitschland aan de invoering van de *Civilprozessordnung* is voorafgegaan [4]), m. a. w. dat — behoudens de bepaling van art. 134 Rv. — de dagvaarding onherroepelijk vaststelt, van welke gronden de eischer zich

---

1) In artt. 555, 593 B. W. staat terecht „voorwerp".

2) v. d. Honert, *Handboek* 1839, p. 164.

3) Zie Ktg. Amsterdam n°. 4, 20 Oct. 1857 (*W.* n°. 1906).

4) Endemann, *Civilprozessrecht* p. 617, 618[1], 634[3]. — Over het tegenwoordige recht vergelijke men Wach, *Vorträge* p. 14—26; *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. 70 (1886) p. 340, en Dernburg, *Pandekten* I, 2te Aufl., § 152.

zal kunnen bedienen, en welk object hij zal kunnen vorderen, derhalve, „dat de dagvaarding ..... *uitsluitend* het geding regelt“ [1]). Ware deze meening juist, dan zou men het „poseeren van feiten“ kunnen identificeeren met het „bij de dagvaarding stellen“ [2]); dan zou men kunnen zeggen, dat de rechter niets weet, dan wat hij in de dagvaarding heeft kunnen lezen [3]); dan zoude men als uitzondering op art. 93 Rv. de „*exceptio obscuri libelli*“ in iederen stand van het geding moeten toelaten, omdat onbepaaldheid der dagvaarding en onbepaaldheid der actie in dat geval identieke begrippen zouden zijn [4]). Maar de onjuistheid dezer opvatting van ons artikel is aan geen den minsten twijfel onderhevig. De dagvaarding bevat niet „de“, maar „eene“ conclusie en niets belet, al wat in hare voorloopige uiteenzetting onbepaald mocht zijn gebleven, in de repliek, of in de conclusie van eisch nader te omschrijven [5]). Ware het anders, de wetgever zoude in art. 147 Rv. den rechter niet „op het geding“, maar op de dagvaarding recht laten doen, en art. 144 Rv. een Uilenspiegeltje bevatten, als zelfs den lichtzinnigsten wetgever niet mag worden toegedicht. De geïncrimineerde opvatting wordt dan ook door niemand metterdaad gehuldigd, zelfs niet door hen, die haar als rhetorische figuur bezigen [6]). De dagvaarding regelt het geding, — niet meer en niet minder, dan iedere andere conclusie, door den

---

[1]) Hof N.-Holland 28 Apr. 1859 (*W.* n°. 2159).

[2]) Rb. Amsterdam 15 Nov. 1853 (*W.* n°. 1498), 24 Mei 1888 (*W.* n°. 5563), in zoov. bev. door G.-Hof Amsterdam 14 Nov. 1888 (*W.* n°. 5640).

[3]) Hof N.-Holland 18 Apr. 1864 (*W.* n°. 2607).

[4]) Rb. Amsterdam 27 Juni 1856 (*W.* n°. 1775) is in dien geest. — Vgl. Rb. Goes 5 Jan. 1877 (*W.* n°. 4151).

[5]) Rb. Amsterdam 23 Nov. 1882 (*W.* n°. 4908). — In denzelfden geest: Rb. Zutfen 21 Dec. 1854 (*R. Bijbl.* 1856 p. 147), bev. d. Hof-Gelderland 27 Dec. 1855 (ibid. p. 168).

[6]) Hof N.-Holland 28 Apr. 1859 (*W.* n°. 2159). — Rb. Amsterdam 27 Juni 1856 (*W.* n°. 1775). — Vgl. Rb. Rotterdam 22 Nov. 1876 (*W.* n°. 4052); Rb. Amsterdam 1 Feb. 1887 (*W.* n°. 5654), bev. d. G.-Hof Amsterdam 23 Nov. 1888 (*W.* n°. 5656).

eischer uitgebracht. Dagvaarding, repliek, conclusie van eisch zijn als het ware de concentrische cirkels, waarbuiten hij niet mag treden, dan voorzoover art. 134 Rv. het toelaat; cirkels, waarvan iedere volgende in den voorgaanden ligt opgesloten, en dezen hoogstens raakt.

De beteekenis van art. 5 3° Rv. is dus niet deze, dat onvoldoende vermelding van gronden of object noodwendig ontzegging van den eisch ten gevolge zou moeten hebben. Komt het tot een onderzoek der ingestelde vordering, dan kan zeer wel ondanks de duisterheid der dagvaarding de eisch worden toegewezen. Het gevaar dat de eischer loopt, bepaalt zich tot de mogelijkheid eener toepassing van art. 92 Rv., d. w. z. afwijzing, zonder voorafgaand onderzoek van de gegrondheid der actie. Dit geschiedt door het uitspreken van de nietigheid der dagvaarding [1]), waaraan ex abundanti een ontslag van de instantie, eene niet-ontvankelijk verklaring, of ontzegging van den eisch, zooals die is aangelegd, kan worden vastgeknoopt. Het gaat immers niet aan, den rechter, die in zijne uitspraak, of den excipiënt, die in zijne conclusie zoodanige overtolligheid plaats geeft, daarvan een grief te maken, — of het moest zijn op grond van breedsprakigheid. Doch zelfs, al ware het anders, en al gaf de conclusie tot niet-ontvankelijk verklaring wegens nietigheid stof tot critiek, dan nog zou ik niet medegaan met hen,

---

[1]) Rb. Maastricht 18 Nov. 1847 (*W.* n°. 947), 5 Juni 1863 (*W.* n°. 2520); Rb. Assen 18 Mrt. 1844 (*W.* n°. 532); Rb. Gorcum 26 Oct. 1844 (*W.* n°. 556); Rb. 's Hertogenbosch 13 Oct. 1854 (*W.* n°. 1653). — Ktg. Hoogeveen 30 Nov. 1869 (*W.* n°. 3173). — De nietigheid der dagvaarding wegens de onbepaaldheid van het *libellé* schijnt mij overeenkomstig de bedoeling van c. 3 C. 7. 40, maar is in strijd met cap. 3 X 2. 3. Intusschen, hier kiest onze wet beslist partij voor de nietigheid. Ditzelfde kan niet gezegd worden van art. 128 Rv., dat zoowel voor de opvatting der oud-Fransche praktijk (zie Kappeyne, *Abhandl.* p. 153), als voor die van den *Code de Pr.* (art. 64) ruimte laat. Vandaar dan ook tegenstrijdige jurisprudentie. Zie, in strengen geest: H. R. 17 Feb. 1842 (*Ned. Rgtspr.* XII p. 16); Rb. Maastricht 18 Nov. 1847 (*W.* n°. 947); in milden geest: Rb. Gorcum 25 Jan. 1870 (*W.* n°. 3218).

die zoodanige conclusie ontoewijsbaar achten niet alleen [1]), maar bij gevolg, — nu zij niet vóór alle andere weren is ingeroepen, — op grond dier voorafgegane ontoewijsbare conclusie de nietigheid voor gedekt verklaren [2]). Dit voert terug naar de subtiliteit der *legis actiones*, toen, gelijk Gaius het uitdrukt, *vel qui minimum errasset, litem perderet* (IV § 30). Bij ons behoort de rechter „onjuiste conclusiën" — aangenomen, dat zij kunnen voorkomen, wat ik bestrijd — terzijde te stellen [3]), of indien noodig te rectificeeren, wanneer aan de bedoeling geen twijfel kan bestaan. Vandaar, dat de rechter het den procureur kwalijk moet nemen, die concludeert tot „niet-ontvankelijk verklaring of in elk geval ontzegging", want behalve de vooronderstelling, dat de rechter de synonymiteit dier beide uitdrukkingen niet kent, ligt in zoodanige conclusie de vrees opgesloten, dat hij een zijner eerste plichten zou kunnen vergeten. Zij staat gelijk met bijv. een pleidooi, waarin men den rechter er aan herinnerde, dat hij de niet aangehaalde rechtsgronden ambtshalve heeft aan te vullen. Maar niet alleen de geest der wet, ook hare letter schrijft voor, iedere gegronde conclusie tot nietigverklaring toe te wijzen. Waar zij tevreden is, mits de nietigheid van het exploit worde „ingeroepen", daar moet de rechter daarmede ook tevreden zijn. En het gaat toch wel niet aan, te zeggen, dat de nietigheid van het exploit niet is „ingeroepen", alleen, omdat men op dien grond tot niet-ontvankelijk verklaring of ontzegging geconcludeerd heeft.

Thans dient onderzocht, welke mate van onbepaaldheid voor de toewijzing der „*exceptio obscuri libelli*" vereischt wordt. De bepaling van den *Code de procédure civile* art.

---

[1]) Rb. Zwolle 10 Nov. 1875 (*W.* n°. 3939); Rb. Amsterdam 10 Nov. 1881 (*R. Bijbl.* 1881 A p. 202), 5 Nov. 1861 (*W.* n°. 2333), 28 Nov. 1879 (*W.* n°. 4492).

[2]) Rb. Amsterdam 28 Nov. 1879 (*W.* n°. 4492). — Vgl. Rb. Zwolle 10 Nov. 1875 (*W.* n°. 3939).

[3]) Ktg. Alphen 6 Dec. 1865 (*W.* n°. 2755). — Vgl. Rb. Amsterdam 5 Nov. 1861 (*W.* n°. 2333).

61 3° luidt eenigszins anders dan de onze; zij [1]) vergenoegt zich met: „*l'objet de la demande*, *l'exposé sommaire des moyens*", zij laat dus feitelijk alles over aan het *arbitrium judicis*, wiens taak het is, uit te maken, waar de grenzen liggen tusschen summier en onverstaanbaar. Feitelijk leven ook wij, schoon onder eene andere redactie, onder hetzelfde recht. Art. 5 3° Rv. eischt „eene duidelijke en bepaalde conclusie"; wat duidelijk en bepaald genoeg mag heeten, is een kwestie van vrije rechterlijke appreciatie, hier zoo goed als in Frankrijk. Dit juiste beginsel heeft echter eene onjuiste formuleering ontvangen in den stelregel van het Hof van Cassatie, „*que les juges doivent annuler l'ajournement, dont les conclusions sont si obscures, qu'ils ne peuvent connaître l'objet de la demande*" [2]). Uit het oog verloren wordt hierbij, vooreerst dat de wet niet alleen het object, maar ook de middelen vermeld wil zien, en voorts, dat het *libellé* niet in de eerste plaats den rechter, maar veeleer den verweerder licht moet verschaffen, omdat niet van genen een beslissing, maar van dezen een antwoord verlangd wordt. De conclusie moet derhalve dien graad van duidelijkheid hebben, die het opstellen van een antwoord mogelijk maakt [3]) (*ut adversarius possit respondere*), niet daarentegen, gelijk men dikwijls leest [4]), die den verweerder in staat stelt zich een oordeel te vormen, *utrum cedere an contendere debeat* [5]); ofschoon dit praktisch nu zooveel verschil niet zal maken,

[1]) Zie nog oudere redactiën (1539, 1667) bij prof. v. Boneval Faure, *Procesr.* II (2[de] dr.) p. 12.

[2]) Carré, *Lois de la proc. civ.* (3e. éd.) I p. 358 (Q. 312).

[3]) Zie: Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 616.

[4]) Hof Drente 31 Jan. 1852 (*R. Bijbl.* 1855 p. 493). — Rb. Amsterdam 30 Aug. 1842 (*R. Bijbl.* 1842 p. 908); Rb. Groningen 27 Juni 1873 (*W.* n°. 3624); Rb. Amersfoort 16 Juni 1875 (*W.* n°. 3953); Rb. Haarlem 24 Apr. 1888 (*W.* n°. 5745).

[5]) De phrase is ontleend aan l. 1 pr. D. 2. 13. De Romeinsche omschrijving past zeer goed op onze summiere zaken en zaken op korten termijn, waar — onder meer — het antwoord op de dagvaarding wegvalt. Maar met het oog op de gewone behandeling verdient de Middeleeuwsche definitie de voorkeur.

wanneer men het betreffende de hoofdzaak eens is, n.l. dat het hier een vraag van vrije rechterlijke appreciatie geldt.

De bepaaldheid, die de actie moet hebben, is natuurlijk het maximum voor de bepaaldheid, die men van het *libellé* verlangen kan. Op het oogenblik, waarop de dagvaarding wordt uitgebracht, behoeft de zaak nog niet rijp te zijn voor eene beslissing; het is voldoende, indien slechts het terrein voor den strijd genoegzaam is voorbereid. Het object, zoo nam de Maastrichtsche rechtbank aan, is in de dagvaarding voldoende omschreven, indien de gedaagde in staat geacht kan worden, daaruit op te maken, wat van hem gevorderd wordt [1]). Wanneer derhalve bij den kantonrechter geageerd wordt tot ontruiming van „een huis, erf en hof", staande in die of die gemeente, door den eischer aan den gedaagde vroeger verhuurd geweest zijnde, dan moet hij niet al te grif zijn met de toewijzing der „*exceptio obscuri libelli*"; immers de aanwijzing zal voor den gewezen huurder licht duidelijk genoeg zijn, al weet de kantonrechter nog niet, welk huis bedoeld wordt [2]). Hetzelfde kan gezegd worden van eene dagvaarding, bij welke gevorderd wordt „onder aftrek van alle bewijsbare betalingen" [3]); 't valt licht te gelooven, dat de gedaagde dat bedrag wel kennen zal; de „*exceptio obscuri libelli*" zou hier dus ook door hen moeten worden afgewezen, die de actie zelve door zoodanige toevoeging van de vereischte bepaaldheid verstoken achten [4]).

Ten aanzien der „middelen" behoeft men nu nog niet zóóver te gaan als zeker plaatsvervangend kantonrechter [5]), volgens wien het voldoende was, indien bij de dagvaarding

---

[1]) Rb. Maastricht 18 Nov. 1847 (*W.* n°.947); Rb. Gorcum 30 Mrt. 1849 (*W.* n°. 1009); Rb. Amersfoort 16 Juni 1875 (*W.* n°. 3953); Rb. Groningen 27 Juni 1873 (*W.* n°. 3624); Rb. Utrecht 23 Mrt. 1864 (*R. Bijbl.* 1866 p. 191).

[2]) Ktg. Hoogeveen 30 Nov. 1869 (*W.* n°. 3173) verliest dit wel een weinig uit het oog.

[3]) Hof N.-Brabant 29 Mrt. 1853 (*W.* n°. 1434).

[4]) Zie Léon ad art. 5 Rv., n°. 18.

[5]) 's Gravenhage 3 Mrt. 1879 (*W.* n°. 4344).

„eenige feiten" gesteld zijn [1]), om toch nog zeer liberaal in dezen te werk te kunnen gaan. Zoo kan ik mij bijv. best vereenigen met de beslissing der Groningsche rechtbank, dat bij eene actie uit (eenzijdige) overeenkomst de *causa* voor later bewaard kan blijven, en dus nog niet terstond in de dagvaarding vermeld behoeft te worden [2]); en ook ten aanzien van de omschrijving der *causa*, indien men die noodig acht, moet niet te veel verlangd worden. Hij, van wien een rekening-courant saldo gevorderd wordt, moet in de „*exceptio obscuri libelli*" niet daarom alleen ontvankelijk verklaard worden, omdat de rechter misschien ten slotte deze *causa* niet voldoende zal achten: hij, verweerder, is voorloopig „genoegzaam ingelicht" [3]). Iemand, van wien een geldsom werd gevorderd op grond van geleverde goederen, zou bij mij geen succes hebben, indien hij bedoelde exceptie opwierp, alleen op grond van niet-specificatie van het geleverde of de onduidelijkheid der rekening. Mocht ik al van meening zijn, dat niet-aanvulling dier leemten aanleiding zou geven om art. 1371 B. W. toe te passen, in dit stadium van het proces is zulks nog niet aan de orde [4]). Evenmin moet, mijns inziens, eene dagvaarding nietig verklaard worden op grond van 't niet noemen der verborgen gebreken, wanneer men de actie van art. 1544 B. W. instelt, omdat die actie alleen opgaat in de vooronderstelling, dat de verkooper van den aanvang af de gebreken gekend heeft [5]). En zeer zeker is „aan

---

[1]) In denzelfden geest: Rb. Amsterdam 19 Jan. 1869 (*W.* n°. 3110).

[2]) Rb. Groningen 27 Juni 1873 (*W.* n°. 3624); Rb. Amsterdam 23 Mrt. 1869 (*W.* n°. 3138). — Vgl. Mr. Moltzer, *Handel. der Ned. juristenver.* 1889 I p. 204 (noot). — De opvatting der Groningsche rechtbank vindt steun in c. 3 C. 7. 40, doch is in strijd met c. 3 X 2. 3.

[3]) Rb. Amsterdam 22 Jan. 1869 (*W.* n°. 3129).

[4]) Eveneens: Rb. Groningen 6 Juni 1851 (*W.* n°. 1302); Rb. Amsterdam 5 Nov. 1861 (*W.* n°. 2333). — Omgekeerd: Ktg. Groningen 22 Sept. 1851 (*W.* n°. 1302). — Vgl. Rb. Amsterdam 23 Nov. 1882 (*W.* n°. 4908); Rb. 's Hertogenbosch 13 Oct. 1854 (*W.* n°. 1653); Rb. Maastricht 5 Juni 1863 (*W.* n°. 2520).

[5]) Rb. Amsterdam 18 Juni 1880 (*W.* n°. 4605) houdt het tegendeel staande.

de bedoeling" van ons artikel „voldaan", wanneer de gedaagde uit de overgelegde stukken heeft kunnen zien, wat de dagvaarding zelve hem niet leerde [1]). Ook van de „middelen" geldt dus, gelijk van het object, dat de exceptie van nietigheid alleen dan gegrond is, indien de gedaagde naar het oordeel des rechters — want, wat hij zelf beweert, is onverschillig [2]) — uit de dagvaarding niet kan te weten komen „uit welken hoofde" tegen hem geageerd wordt [3]).

Interdum evenit, zegt Gaius, *ut exceptio quae prima facie iusta videatur, inique noceat actori; quod cum accidat, alia adiectione opus est adiuvandi actoris gratia; quae adiectio replicatio vocatur* (IV § 126). Van zoodanige *replicatio* tegen de exceptie van nietigheid — algemeene naam voor verschillende exceptiën, waaronder ook de „*exceptio obscuri libelli*" behoort — is sprake in art. 94*a* Rv. De exceptie van nietigheid — dus ook de „*exceptio obscuri libelli*" — moet worden verworpen, indien de verweerder door het verzuim, waarop hij zich beroept, in zijne verdediging niet is „benadeeld". Over deze *replicatio* zijn drie goede opmerkingen gemaakt, n.l. door Mr. de Pinto, Mr. Oudeman en in de Toelichting op het Ontwerp van Burgerlijke Rechtsvordering, die men slechts behoeft te combineeren, om voor de toepassing van den regel in voorkomende gevallen aan de praktijk een uitstekend richtsnoer in handen te geven.

Volgens Mr. de Pinto [4]) moet de *replicatio* van art. 94*a* Rv.

---

[1]) Hof Drente 31 Jan. 1852 (*R. Bijbl.* 1855 p. 493).

[2]) Ook dit wordt uit het oog verloren door Ktg. Hoogeveen 30 Nov. 1869 (*W.* n°. 3173). — Iets anders is het, wanneer de gedaagde zijn onwetendheid kan motiveeren met feitelijke gronden, wier kennis van den rechter niet kan worden verlangd (tekst van cap. 2 X 2. 3, welks inscriptie gereproduceerd is in art. 128 Rv.).

[3]) Rb. Amsterdam 10 Nov. 1881 (*R. Bijbl.* 1881 A p. 202); Rb. Gorcum 30 Mrt. 1849 (*W.* n°. 1009); Rb. Amersfoort 16 Juni 1875 (*W.* n°. 3953); Rb. Groningen 27 Juni 1873 (*W.* n°. 3624). — Vgl. Rb. Haarlem 24 Apr. 1888 (*W.* n°. 5745).

[4]) *Handleiding* II (2e dr.) p. 189 (§ 82).

altijd worden toegewezen, omdat de gedaagde, juist door te verschijnen, het bewijs levert voor het onschadelijke der gepleegde informaliteit. De juistheid dier stelling kan m. i. in het algemeen niet worden betwist. Dat zij echter niet altijd waar is, volgt uit de evidente objectie van Mr. Oudeman[1]), dat de gedaagde, ook al verschijnt hij, wel degelijk in zijn verdediging kan zijn „benadeeld", indien hij zich n.l. beklaagt over de onbepaaldheid der conclusie, m. a. w. indien hij de *„exceptio obscuri libelli"* opwerpt. Nog correcter drukt zich uit de reeds genoemde Toelichting. Zijn er termen, zoo lezen wij daar[2]), voor de toewijzing der *„exceptio obscuri libelli"*, dan kan er nooit sprake van zijn, dat de *replicatio* opgaat. Immers door de onduidelijkheid der dagvaarding is de verweerder altijd „benadeeld" in zijne verdediging: zij maakt hem onmogelijk, het antwoord te stellen. Wij komen dus tot het volgende resultaat. Tegenover de nietigheidsexceptie in het algemeen gaat de *replicatio* van art. 94*a* Rv. altijd, tegenover de *„exceptio obscuri libelli"* in het bijzonder gaat zij nooit op; behoudens ééne groote en gewichtige uitzondering. Dáár, waar van den verweerder geen antwoord op de dagvaarding verlangd wordt, kan de duisterheid der dagvaarding hem geen „nadeel" toebrengen. De *replicatio* van art. 94*a* Rv. zal dus altijd moeten worden toegewezen, of met andere woorden de *„exceptio obscuri libelli"* zal altijd — even goed als de overige nietigheids-exceptiën — niet-ontvankelijk zijn bij summiere zaken en bij zaken op korten termijn (artt. 137, 138 Rv.). Voor het *arbitrium judicis* laat art. 94*a* Rv. nooit eenige speelruimte. De bezwaren op dien grond tegen dat artikel gemaakt[3]), moeten alleen uit de allerongelukkigste redactie verklaard worden.

Ten aanzien van verstek-procedure vind ik de meening uitgesproken, dat de gedaagde, die verstek laat gaan, daar-

---

1) *Regtsvordering* I (4e dr.) p. 126 (§ 46).
2) p. 41.
3) Zie v. Boneval Faure II (2e dr.) p. 41.

mede de „*exceptio obscuri libelli*" prijs geeft [1]). Ik ben er ver van daan, die meening te deelen. De gedaagde, die verstek laat gaan, geeft geen enkele exceptie prijs, zoolang hij de bevoegdheid behoudt, verzet te doen. Maar ik ga verder. In overeenstemming met de heerschende jurisprudentie [2]) neem ik aan, dat tegenover het verzet de *replicatio* van art. 94*a* Rv. wegvalt, omdat dit artikel een vrijwillige opkomst van den gedaagde vooronderstelt, en de verschijning van den defaillant om zich tegen het verstek-vonnis te verzetten, geenszins als een vrijwillige daad kan worden aangemerkt. Bij verzet derhalve zal de nietigheid der oorspronkelijke dagvaarding altijd een voldoend „middel" opleveren, onverschillig of zij in de onbepaaldheid der conclusie, dan wel in andere informaliteiten wortelt. Art. 5 3° Rv. is nooit een doode letter, zelfs niet bij summiere zaken en zaken op korten termijn; waar de gedaagde, op de nietigheid vertrouwend, wegblijft, zal ons artikel volkomen effect sorteeren, 't zij omdat de rechter ambtshalve de nietigheid uitspreekt, 't zij omdat op dien grond alleen 't verzet zal worden toegewezen [3]). Daarbij komt, dat ook bij summiere zaken en bij zaken op korten termijn het *libellé* toch altijd nog dit positief gevolg heeft, dat het een der concentrische cirkels vormt, waarbuiten de eischer niet kan treden, dan voorzoover art. 134 Rv. het toelaat. Er is immers geen enkele conclusie in de wet bekend, waarop bedoeld artikel niet van toepassing zoude zijn; dus bijgevolg hoe hoog binnen de wettelijke grenzen het *arbitrium judicis* door mij gehouden wordt, er kan geen sprake van zijn, opzichtens het *libellé* op den algemeenen wettelijken regel zoodanige uitzondering te statueeren [4]).

---

[1]) Rb. Nijmegen 7 Dec. 1847 (*W.* n°. 895). — Zie ten aanzien der nietigheidsexceptie in het algemeen: art. 89 Rv.

[2]) Zie Léon ad art. 94 Rv., n°. 2.

[3]) De rechter kan zonder voorlichting van den gedaagde niet altijd weten, dat tegen art. 5 3° Rv. gezondigd is (Zie den reeds aangehaalden tekst van cap. 2 X 2. 3).

[4]) Aanleiding tot deze finale vond ik in Endemann, *Civilprozessrecht* 1868 p. 617[12], 618[4].

ARTIKEL 41 VAN HET WETBOEK VAN KOOPHANDEL,

DOOR

Mr. J. DÉKING DURA,

Advocaat en Rechter-plaatsvervanger te Amsterdam.

Het was voorzeker een gelukkige gedachte van een der Redacteuren van dit tijdschrift, om eenige beschouwingen te wijden aan de Nederlandsche rechtspraak uit de laatstverloopen jaren in zake het vennootschapsrecht. „Wij leven in „een tijd van associatie", sprak terecht Mr. E. N. Rahusen in zijne rede tot opening van de jongste vergadering onzer Juristenvereeniging. Geen punt kan derhalve meer op onze belangstelling aanspraak maken dan de associatie bij uitnemendheid: de vennootschap, en daaronder vooral die van het kapitaal: de naamlooze vennootschap, die blijkens de Staatscourant ook ten onzent dagelijks wijder hare niet juist altijd beschermende vleugels uitstrekt.

Dit belang is het in de eerste plaats, dat mij noopt tot publicatie van mijne opvattingen aangaande het bovenstaande wetsartikel, in verband met eenige rechtsgedingen, door Prof. Molengraaff in de vóórlaatste aflevering van dit tijdschrift besproken. Het feit, dat ik tot de rechtspraak in één dier gedingen mocht medewerken, zou mij zeker weêrhouden hebben, afzonderlijk mijne meening over de onderhavige quaesties te doen kennen, ware het niet, dat ook voor hem, die als rechter vrij wenscht te blijven van allen schijn van Rechthaberei, de hoofdquaestie, die zich bij deze gedingen voordeed, zoowel uit een wetenschappelijk als uit een practisch oogpunt reeds belangwekkend genoeg is, om nader eene opvatting te adstrueeren, als deze zoozeer van die van een gezaghebbend schrijver als Prof. Molengraaff af-

wijkt. Al te groote kieschheid in dezen zou licht kunnen schaden aan de rechtsontwikkeling ten onzent, indien hierdoor allen moesten worden uitgesloten, die, zooals ik, eerst dan hun hart warm voelen kloppen voor de wetenschap, als zij aan haar de oplossing kunnen vragen van de moeielijkheden uit het practisch verkeer en omgekeerd aan de eischen van het maatschappelijk leven de juistheid der gevolgtrekkingen kunnen toetsen, die het resultaat waren van den arbeid in het studeervertrek.

Wat betreft de feiten, in de verschillende onderhavige rechtsgedingen, verwijzende naar de verzamelingen van jurisprudentie [1]), alsmede naar de genoemde studie van Prof. Molengraaff, meen ik hier te kunnen volstaan met de vermelding, dat de behandelde rechtsvraag hoofdzakelijk deze is: Kan de deelnemer in een naamlooze vennootschap, die aangesproken wordt tot storting van hetgeen hij krachtens die deelneming, bij akte van oprichting of later gehouden inschrijving, nog wordt geacht verschuldigd te zijn, zich verweren met een beroep op art. 41 W. v. K. door te zeggen: „Mij zijn aandeelen in blanco afgegeven tot het bedrag mij-„ner deelneming. Gij hebt dus niets meer van mij te vor-„deren?"

Qui bene distinguit, bene docet.

Ter juiste oplossing dezer m. i. niet gemakkelijke rechtsvraag komt het dus voor alles aan op een juiste woordenkeus tot het juist weêrgeven van begrippen.

Ten volle vereenig ik mij daarom met Prof. M., waar deze op bl. 414 te velde trekt tegen de in het verkeer gebruikelijke uitdrukking van *„volstorten van aandeelen"*. Het *aan-*

[1]) Vonnis der Amst. Rechtb. in zake de N.- en Z.-Holl. Stoomtram-Mij. ca. A. de Beneditty van 25 Sept. 1884, *P. v. J.* 1885, n°. 8*; *W.* n°. 5173. Vonnis der Haagsche Rechtb. van 5 Jan. 1886 en Arr. van het Hof aldaar van 8 Nov. 1886, *W.* n°. 5407 en 5405, in zake Curator der Mij. tot exploitatie der Fr. Opera ca. W. J. Wisse. Vonnis der Amst. Rechtbank van 9 April 1889 met concl. O. M. *Pal. v. J.* 1889, n°. 53; *Mag. v. Handelsrecht* dl. I bl. 273, in zake Curator der Int. Kunstvereeniging ca. L. B. Wertheim en E. Rittner Bos.

deel omvat toch volgens hem te recht uitsluitend het genot; uit het bezit en het aandeel vloeien uitsluitend rechten voort [1]). Daartegenover staat de *deelneming* als bron der verplichting tot storting van een aequivaleerend bedrag in de kas der vennootschap. Uit dien hoofde is de uitdrukking „*volstorting van aandeelen*“ een wanbegrip, waartegen ernstig dient gewaarschuwd te worden, vooral waar men niet te doen heeft met oorspronkelijke deelnemers, maar met latere verkrijgers, die bij zoogenaamde niet-volgestorte aandeelen op naam niet alleen het genot hebben der rechten uit het *aandeel* voortvloeiend, maar ook onderworpen zijn aan de verplichtingen, die voortspruiten uit de door hen op de volgens artt. 42 en 43 W. v. K. bepaalde wijze *overgenomen deelneming*.

Maar behalve deze onderscheiding, die ons straks zal te pas komen, dient m. i. niet minder scherp geanalyseerd te worden de aard van het beroep op art. 41 W. v. K., naar gelang van de feiten, die overigens geposeerd worden, alsmede de juiste beteekenis van genoemd artikel met betrekking tot die feiten. En het is naar mijn bescheiden meening het gemis aan die scherpe analyse, dat den schrijver der critiek op onze rechtspraak tot m. i. onjuiste conclusiën heeft geleid.

Naar aanleiding van de feiten, die zich bij deze vraag in het geding kunnen voordoen, kan het beroep op art. 41 een tweeledige beteekenis hebben. Wordt door den tot storting aangesproken deelnemer geposeerd, dat hij door inbreng of betaling in contanten aan zijne verplichting tot storting voldaan heeft, dan wordt het beroep gebezigd als *bewijsmiddel* voor dit positum. Een geheel andere beteekenis krijgt het echter, waar de gedaagde meer of min duidelijk zegt: of ik gestort heb of niet, daarover zal ik mij niet uitlaten; de wet zegt: blanco aandeelen mogen niet worden uitgegeven, als niet het volle bedrag daarvoor is gestort. Die aandeelen zijn in

[1]) In gelijken zin Mr. C. A. Cosman, *Verbintenissen jegens toonder*, bl. 341 en Mr. J. G. Kist, *Het Handelspapier*, bl. 323, en *De maatschap of vennootschap*, bl. 135.

mijn bezit of althans door het bestuur aan mij afgegeven en in mijn bezit geweest[1]), derhalve hebt gij niet het recht mij naar die storting te vragen. In dit laatste geval is er geen sprake van een *bewijsmiddel*, maar doet men een beroep op een door den wetgever opgesteld rechtsvermoeden en wel eene praesumptio juris et de jure, dat met het onderzoek naar de storting alle verdere bewijsvoering afsnijdt.

Alvorens nu over te gaan tot mijn betoog van de juridische onhoudbaarheid van het beroep in beiderlei zin, is het zeker eigenaardig na te gaan, hoe het juist in de drie geciteerde gedingen op verschillende wijzen gebezigd werd.

In het proces der N.- en Z.-Holl. Tramweg-Mij. c[a]. de Beneditty werd het aanvankelijk door den gedaagde in beiderlei zin gedaan. Immers wij lezen in de conclusie van antwoord: „dat de gedaagde verklaart, dat de punten van den „eisch" (dat hij slechts 85°/₀ zijner deelneming zou hebben gestort) „zijn in strijd met de waarheid en gedaagde die „ontkent en dat hij gedaagde der eischeres het gevorderde „bedrag niet verschuldigd is";

„dat al datgene, wat de eischeres uit welken hoofde van „hem te vorderen heeft door hem is voldaan";

„dat, gesteld het ware anders (des neen), de ingestelde actie „uit een juridisch oogpunt voor toewijzing niet vatbaar is".

Jammer, dat de gedaagde verzuimde dit laatste deel zijner verwering nader te adstrueeren en dat de eischer, zooals door Prof. M. terecht wordt opgemerkt, den misslag beging, om het bewijs, dat niet gestort was, te aanvaarden in plaats van van den gedaagde het bewijs te vorderen van zijn positum, dat hij het wèl gedaan had. Hierdoor verloor zich de aanvankelijk zoo zuiver gestelde quaestie in het debat over het litis decisoir karakter van een eed.

---

[1]) De opmerking van Prof. M. in de noot op bl. 420, dat in de aangehaalde conclusie van het O. M. die twee feiten verward werden, is juist, doch moet, zooals ik straks hoop aan te toonen, voor beide gevallen het beroep op art. 41 worden verworpen. Tegenover de rechtsvraag staan beide gevallen gelijk.

In de tweede zaak, die van Mr. Bax qq. c^a. W. J. Wisse, voor Rechtbank en Hof te 's Hage gevoerd, liet de gedaagde een in elk geval voor zich voordeelige onzekerheid bestaan, welke der twee door ons genoemde beteekenissen zijn beroep op art. 41 in casu had, door zijne in het vonnis aldus vermelde conclusie „dat de gedaagde onder opmerking, dat „de eischer niet ontkent, dat hem door of van wege den „directeur van voormelde vennootschap 20 aandeelen zijn ter „hand gesteld, wat hij zoo noodig aanbiedt te bewijzen, nog „heeft aangevoerd, *dat hij daardoor het bewijs levert*, *dat „hij ter zake zijner deelneming niets meer schuldig is*".

Dat dit *niets meer schuldig is*, geen categorisch antwoord is op de vraag: Hebt gij gestort of niet?, werd door het Hof zeer juist ingezien, toen het in zijn arrest ten aanzien van de daarover ingediende grief overwoog: „O. dat de App. „verder zonder bepaald te stellen, dat hij de *f* 10.000, waar„voor hij deelnam, werkelijk in de kas der vennootschap heeft „gestort, heeft beweerd, dat de 20 bewijzen van aandeel „in de bedoelde M^ij. n°. 53—72, die hem ter hand zijn ge„steld en door hem ten processe zijn overgelegd, zouden be„wijzen, dat hij aan de krachtens zijne inschrijving op hem „rustende verplichting heeft voldaan, *in ieder geval*, *dat „door die afgifte de geïntimeerde het recht verloren heeft*, „*nog iets van den app. ter zake zijner inschrijving te vor„deren*".

Eindelijk in de derde zaak, die van Mr. Leesberg als curator der Intern. Kunstvereeniging c^a. L. B. Wertheim en E. Rittner Bos, gold het beroep uitsluitend den laatsten zin. Immers beide gedaagden beriepen zich op compensatie op grond van een met hunne mede-oprichters gesloten contract, waarbij bepaald was, dat zij die aandeelen zouden krijgen, in ruil voor door hen aan de vennootschap bewezen diensten, en stelden daarnevens geheel afzonderlijk het beroep op art. 41. Toen nu door de rechtbank die compensatie werd verworpen, was in confesso, dat *niet* was gestort, en kon de afgifte der aandeelen dus niet meer dienen als bewijsmiddel

van iets, wat niet alleen niet gesteld was, maar waarvan zelfs het omgekeerde erkend was. Het beroep gold dus hier uitsluitend als een middel om het onderzoek naar die storting af te snijden, zooals ik hierboven heb uiteengezet.

Nu zou het werkelijk niet gemakkelijk vallen, om bondiger de onhoudbaarheid van het beroep in dezen laatstgemelden zin aan te toonen, dan door Prof. Molengraaff's eigen woorden op bl. 416 van zijn betoog, waar wij lezen: „De vennootschap had hem die oorkonde niet mogen afgeven dan na vervulling zijnerzijds van de verplichting tot „volstorting; *hij mocht die oorkonde niet eerder aannemen; „tot nakoming van datgene, waarin hij nalatig bleef, zal hij „dus nog altijd aangesproken kunnen worden, en dat onverschillig of hij de aandeelen nog in zijn bezit heeft dan wel „door vervreemding in handen van derden heeft gebracht*". Maar daarmee is dan ook onvereenigbaar de bewering op bl. 419, dat in casu hij, die beweert dat de wet overtreden is, zulks zou hebben te bewijzen, en wel omdat hier de wet overtreden is door en met medeweten van den gedaagde. Immers men onderscheide wel, dat men hier niet te doen heeft met den derden *houder* van een *aandeel* aan toonder, maar met den vennoot, op grond van *deelneming* tot storting verplicht. De eerste kan, zich op de natuur van zijn toonderpapier beroepende, als hem het gemis aan storting wordt tegengeworpen, zeggen: of daarvoor gestort is of niet deert mij niet, ik bezit aandeelen aan toonder *in due state and form* en daarop grond ik mijn rechten als aandeelhouder [1]). De oorspronkelijke deelnemer, die aandeelen aan toonder ontving zonder te hebben gestort, wist of althans behoorde te weten, dat hij die aandeelen niet mocht aannemen [2]). Hij

[1]) Dit is m. i. volkomen juist beslist door de rechtbank te Breda en het Hof te 's Bosch in het geding W. J. van Ee c^s^. de Zuider-Stoomtram-M^ij^., door het laatste bij arrest van 11 Dec. 1888, *W.* 5757; *P. v. J.* 1889, n°. 98.

[2]) Dit laatste in geval van een onverschoonbaren error juris, als bij het voornoemde beroep op compensatie scheen te bestaan.

kan zich door die onrechtmatige daad niet onttrekken aan een categorisch antwoord op de vraag, of hij al dan niet heeft gestort, zoolang men van den wetgever niet kan veronderstellen, dat deze een praesumtio juris et de jure zal gaan opstellen als premie voor hem, qui vertitur in re illicita.

Alvorens over te gaan tot mijn betoog, dat het beroep op art. 41 W. v. K. evenmin kan dienst doen als bewijsmiddel van het positum, dat ten volle aan de verplichting tot storting is voldaan, dienen wij eerst dit artikel nog eens wat nader in zijn wording en beteekenis te bekijken.

Zooals bekend is, kwam het in den Code de Commerce niet voor, doch dankte zijn bestaan in het Ontwerp van 21 October 1835 aan een opmerking, vroeger in de 4de Afdeeling der Kamer gemaakt [1]). Deze afdeeling wenschte in verband met den strijd over de in art. 36 voorgeschreven Koninklijke goedkeuring o. a.: „3°. Eene bepaling, ten aanzien „van aandeelen in blanco, dat de oorspronkelijke deelhebbers, „aan wie dezelve het eerst waren uitgegeven, ook bij over„dragt aan een ander, ten aanzien van derden voor dat aan„deel aansprakelijk zouden blijven, zoolang zij niet den naam „van hunnen opvolger in het register hadden ingeschreven of „doen inschrijven, en waaraan wederom deze en alle andere „opvolgers, bij gelijke overdragt en bij gelijk verzuim, zou„den zijn onderworpen".

Zonder dat Voorduin eenige verdere toelichting vermeldt, werd door de Regeering aan dien wensch gevolg gegeven, door in bovengenoemd Ontwerp op te nemen eensluidend met ons tegenwoordig artikel: „Geen actiën of aan„deelen kunnen in blanco worden uitgegeven, zoolang der„zelver volle bedrag niet in de kas der vennootschap is ge„stort". Een aandachtige lezing doet aanstonds inzien, dat de redactie heel wat meer inhoudt dan in de Kamer verlangd werd. Deze scheen er volstrekt geen bezwaar in te hebben, dat

[1]) Vergelijk Voorduin, dl. VIII, bl. 198.

aandeelen in blanco, waarvan nog niet het volle bedrag gestort was, werden uitgegeven, indien maar niet de oorspronkelijke deelhebbers vóór de volstorting werden gelibereerd zonder hun verplichting tot volstorting op een ander met name aangewezen persoon te hebben overgedragen. In art. 41 echter lees ik tweeërlei verbod. I°. Wordt verboden om aandeelen in blanco uit te geven, *al mocht men op het stuk zelf vermelden, dat niet het volle bedrag doch bijv. slechts* 50 °/₀ *is gestort*, zelfs al mocht voor die overige 50°/₀ de oorspronkelijke deelnemer of een door hem met name aangewezen persoon verbonden blijven. II°. Wordt verboden aandeelen in blanco onder pari uit te geven, d. w. z. zonder dat een aequivaleerend bedrag in de kas der vennootschap is gestort, terwijl niet op de stukken vermeld staat, dat dit geheele bedrag niet is gestort noch iemand met name genoemd voor het daaraan ontbrekende aansprakelijk blijft.

Het eerste verbod, mits met behoud der aansprakelijkheid van een bepaald persoon voor het ongestorte deel, werd, zooals wij gezien hebben, door de Kamer uitdrukkelijk niet verlangd, en het is wellicht ook op dezen grond, dat het wel eens is betwijfeld, hoewel de duidelijke letter der wet m. i. geen twijfel gedoogt. Aldus in eene procedure, in den jare 1865 voor de rechtbank te Amsterdam gevoerd door Maurice Landauer c^a. de aldaar gevestigde Algemeene M^ij. voor Handel en Nijverheid, bij het in deze zaak gewezen vonnis van 30 Juni 1865 [1]). Deze M^ij., welker aandeelen aan de Parijsche beurs waren geïntroduceerd, had om deze gemakkelijker verhandelbaar te maken, hoewel slechts 50 °/₀ van het bedrag gestort was, zoogenaamde *certificats provisoires au porteur* uitgegeven en veroorloofd de op naam staande bewijzen van aandeel over te dragen in blanco. Het Bestuur beweerde, dat zulks volkomen geoorloofd was, zoolang slechts degene op wiens naam het aandeel stond voor de overige 50 °/₀ aansprakelijk bleef. Het gevolg was, dat op

[1]) *Magazijn van Handelsrecht*, dl. VIII, bl. 231.

een vergadering van aandeelhouders drie verschillende soorten aanwezig waren: 1°. de houders der aandeelen op naam; 2°. die der *certificats au porteur;* 3°. die der aandeelen op naam met *transfert en blanc*, welke met roerende éénstemmigheid op die vergadering getuigenis waren komen afleggen van hun onbeperkt vertrouwen in het door het Bestuur gevoerde beheer der Mij. De rechtbank verklaarde, dat de eisch tot nietigverklaring der op die vergadering genomen besluiten als sententia mere declaratoria niet voor toewijzing vatbaar was, doch gaf ten overvloede als hare meening te kennen, dat met deze bovengenoemde uitgifte van aandeelen *au porteur* noch de overdracht in blanco nietig kon geacht worden, zoo slechts de Directie te allen tijde de aandeelen op naam onder zich heeft en die aandeelhouders kan aanspreken voor de storting, waartoe de blanco-aandeelhouders in gebreke zullen blijven; dat de houders dier blanco-stukken dus volkomen gerechtigd waren ter vergadering te komen en hunne rechten uit te oefenen, „ja, dat zelfs voor „het geval, dat bij de Directie geen op naam staande aan„deelen tot zekerheid gedeponeerd zijn, de uitgifte van blanco „aandeelen daardoor nog niet nietig wordt, maar de leden „der Directie persoonlijk voor de geheele storting jegens de „Maatschappij aansprakelijk zijn, zoo de houders der blanco„aandeelen daartoe in gebreke blijven";

„dat in geen geval, hoe men de wet of statuut moge uitleg„gen, houders van blanco- nog niet volgestorte aandeelen, ook „al ware de Directie niet persoonlijk voor de storting in zoo„danig geval aansprakelijk, rechten worden ontzegd enz.".

Behoudens de aansprakelijkheid van de Directie, voor zoover de maatschappij door hare onwettige handelingen schade mocht hebben geleden, komen mij bovenstaande beweringen vrij ongegrond voor. Art. 41 W. v. K. bevat toch zonder twijfel een bepaling van publieke orde, uit welker overtreding voor hem, die daaraan mede-schuldig is, zooals ik te voren reeds betoogde, nimmer rechten kunnen geboren worden. Hier konden de koopers dier *certificats au porteur* en dier aandee-

len met ***transfert en blanc*** aan de stukken zelve, die zij kochten, zien, dat slechts 50 °/₀ gestort was, en wisten zij derhalve, dat die uitgifte geschied was in lijnrechten strijd met de letter van art. 41, die in casu zoo duidelijk is, dat zij alle uitlegging op historische gronden volkomen afsnijdt. Al vindt men, voorzoover ik heb kunnen nagaan, de motieven niet vermeld, die tot de tegenwoordige ruime redactie geleid hebben, dit kan m. i. niets afdoen, waar die redactie tevens zoo onomwonden het verbodsbeginsel uitspreekt. Mag ik een gissing wagen, dan heeft men waarschijnlijk gevreesd, dat een splitsing van het recht op dividend-uitkeering en van den plicht tot storting van het resteerende bedrag licht zou leiden tot ontduiking van den in art. 43 gestelden waarborg bij overdracht der aandeelen op naam en een Directie, die de aandeelen op de beurs wenscht te doen „mousseeren", zeer gemakkelijk zou brengen tot het gedoogen van overschrijving op insoliede personen, op wie de crediteuren bij een eventueele catastrophe te vergeefs verhaal zouden zoeken. Ditzelfde argument spreekt m. i. afdoende voor het behoud van het thans in ons artikel gehuldigd verbod, al is dit motief meer van practischen dan van juridischen aard. Hoe men eindelijk, zooals de rechtbank, zich een vergadering denken kan, waar twee verschillende personen een certificaathouder en de ware aandeelhouder op naam voor hetzelfde aandeel wellicht in tegenovergestelden zin hun stem uitbrengen, blijft mij een raadsel, welks oplossing mij hoogst problematiek voorkomt!

Intusschen is het duidelijk, dat wie zijne bewering, dat hij ten volle het bedrag zijner deelneming heeft gestort, wil staven door een beroep op het bezit van blanco-aandeelen, nooit daarbij bedoelt art. 41 W. v. K. in den sub I°. genoemden zin, omdat hij met een stuk, waarop staat aangeteekend, dat slechts een gedeelte van het bedrag gestort is, veeleer het tegendeel van zijne bewering zou erkennen. Wie derhalve met een beroep op art. 41 de volledige storting wil bewijzen, kan daarbij alleen het oog hebben op het sub II°.

vermelde verbod: de uitgifte van aandeelen onder pari. Bij eenig nadenken kan het, dunkt mij, niet twijfelachtig zijn, of men zal moeten toegeven, dat dit laatste verbod, dat uitsluitend is neêrgeschreven voor blanco-aandeelen, evenzeer geldt voor aandeelen op naam. Het rechtsbegrip der beperkte aansprakelijkheid [bij volgefourneerd kapitaal, juister gezegd, dat der aansprakelijkheid van het kapitaal in plaats van de onbeperkte aansprakelijkheid der personen] staat en valt met de realiteit van dat kapitaal, dat geen bloote fictie mag zijn, weshalve de wetgever, met name in de artt. 47 en 49—51 W. v. K., tal van meer of min afdoende waarborgen eischt voor die realiteit. Al staat nu niet uitdrukkelijk verboden, dat aandeelen op naam onder pari mogen worden uitgegeven, d. w. z. dat aan de aandeelhouders stukken worden uitgegeven, waarop *niet* uitdrukkelijk vermeld staat, dat slechts een gedeelte van het bedrag van de deelneming is gestort, en de deelhebber in de boeken der Mij. *niet* gedebiteerd wordt voor het ontbrekende, hoewel hij toch niet hetzij bij wijze van inbreng hetzij door betaling in contanten, het volle aequivaleerende bedrag in de kas der vennootschap gestort heeft; ik herhaal, dit verbod van uitgifte onder pari, vloeit ook voor aandeelen op naam rechtstreeks voort uit den fundamenteelen grondslag der naamlooze vennootschap in onze wet en moet daarom dan ook geacht worden stilzwijgend daarin vervat te zijn. Voorzoover mij bekend, is daaraan dan ook door geen enkel jurist ten onzent ooit getwijfeld. Nu mag het zeker onze verwondering wekken, dat wie een beroep doet op art. 41 ten bewijze zijner pretense volledige storting daarbij den klemtoon legt op de hem afgegeven *aandeelen in blanco*, terwijl het verbod sub II°. dat, zooals ik reeds hierboven heb aangetoond, alleen nog kan bedoeld worden, evenzeer moet geacht worden te gelden voor *aandeelen op naam*. Een sterk vermoeden, dat dit beroep op begripsverwarring steunt, kan om die reden m. i. niet uitblijven. Ik zou veeleer meenen, dat een beroep op het verbod, waarvan de wetgever niet spreekt, wel zin heeft

voor hem, die met zijn bewijs van aandeel op naam zijne volledige storting wil bewijzen, altijd behoudens tegenbewijs, doch art. 41 geenszins kan baten den deelnemer, die alleen een toonderpapier kan produceeren.

Deze laatste moet m. i., ingeval hij geen op zijn naam gestelde quitantie voor zijn storting bezit, door getuigenbewijs, indien dit geoorloofd is, door eed of door bewijs uit boeken zijne beweerde storting staven. De argumenten toch, door mijnen geachten tegenstander [1]) uit de artt. 1908 en 1939 B. W. geput, zij het ook met huldiging van de ruime uitlegging door Prof. Diephuis aan dit laatste artikel gegeven [2]), gaan m. i. wèl op voor hem, die een aandeel op naam produceert, waarop niet staat aangeteekend, dat slechts een deel is gestort [3]), maar kunnen niet gelden bij de productie van een blanco-aandeel. En dat wel juist omdat het een blanco-aandeel, d. i. toonderpapier is, een papier bevattende een éénzijdige formeele verbintenis, door de uitgifte onherroepelijk losgerukt en gescheiden van hare materiëele *oorzaak;* een papier, welks houder in zijn kwaliteit van *houder* [4]) het gemis aan justa causa niet kan worden tegengeworpen, maar die om diezelfde reden evenmin dat papier kan bezigen om in zijn kwaliteit van *deelnemer* iets hoegenaamd omtrent die causa te bewijzen. De uitgifte, die de verbintenis met toonderclausule rechtens losmaakte van hare causa, scheidde *rechtens* ook den *aandeelhouder* van den *deelnemer* [4]), al mochten beide kwaliteiten *feitelijk* voorloopig in één persoon

---

[1]) bl. 419.

[2]) Diephuis, *Ned. Burgerl. Recht*, dl. II, bl. 326.

[3]) Dat dit door de practijk, hoewel wellicht min bewust, toch wordt gevoeld, leid ik hieruit af, dat steeds bij aandeelen op naam op de stukken zelf wordt gequiteerd voor de voldane stortingen.

[4]) Ik zou het derhalve geenszins onmogelijk achten, al zal zich het feit in de practijk niet licht voordoen, dat wie tegen ontvangst van andere aandeelen tot storting veroordeeld wordt, toch op zijn aandeelen, waarmede hij die storting niet mocht bewijzen, een eventueele uitkeering van dividend kan vorderen. Beide beslissingen moeten onafhankelijk van elkaar zijn.

vereenigd blijven of later wederom worden. Wil de deelnemer zijne storting bewijzen, dan moet hij zich, zoo hij geen quitantie bezit, met de boven aangegeven rechtsmiddelen trachten te helpen; zijn bezit van blanco-aandeelen, zijn *aandeelhouderschap*, kan hem daarbij niet baten.

Hoewel derhalve minder uit vrees voor onjuiste dan wel op grond van m. i. juiste beslissingen, sluit ik mij gaarne aan bij de conclusie van den geachten criticus onzer rechtspraak, dat de practijk, die in handen van den deelnemer, die aan zijne verplichting tot storting voldoet, geen op naam gestelde quitantie achterlaat, niet voldoende rechtszekerheid geeft. Men achte toch het gevaar niet gering, vooral voor hen, die er hun werk van maken deel te nemen in op te richten maatschappijen met het doel om de aandeelen zoo spoedig mogelijk met eenig agio van de hand te zetten. Sinds zelfs de huisvader, die om behoorlijk te kunnen leven iets meer van zijn kapitaal moet maken dan de thans gebruikelijke $3^1/_2$ $^0/_0$, zich dagelijks meer op het glibberig terrein der Gründerei waagt [1]) en bij menig faillissement eener naamlooze vennootschap de curator slechts een hopeloozen warboel vindt, is een wijziging der practijk zeker wenschelijk, waar die zonder belemmering van het verkeer kan plaats vinden.

Door eenvoudig bij directe afgifte der stukken daarnevens een op naam gestelde quitantie voor voldane storting uit te reiken, of, indien slechts op voorloopig ontvangbewijs gestort wordt, dit laatste te doen bestaan uit twee, gemakkelijk te scheiden deelen, één quitantie als boven en één deel, niet op naam gesteld, ter ontvangst der uit te geven definitieve stukken en bestemd om verhandeld te worden, zoolang die stukken nog niet kunnen worden uitgereikt, zou naar mijn bescheiden meening aan elk bezwaar te gemoet worden gekomen. Voor hem, die liefst buiten processen blijft (de be-

---

[1]) Ook ten onzent bestaan reeds maatschappijen, uitsluitend opgericht *liberorum procreandorum causa*, terwijl op de Londensche beurs de naam moeder-maatschappij reeds burgerrecht verwierf.

kende zaak der *Vacca* kan het leeren), geldt de ook op maatschappelijk gebied vaak miskende regel: Si vis pacem, para bellum.

Amsterdam, November 1889.

De bovenstaande opmerkingen van den heer Déking Dura geven mij aanleiding tot een kort wederwoord, dat, tot gemak van hen die van ons geschrijf kennis mochten willen nemen, hier dadelijk een plaats moge vinden. De geachte Schrijver wijst er op, dat tweeërlei beroep op art. 41 W. v. K. kan voorkomen; in de eerste plaats kan men op grond van dit artikel beweren: het toonderaandeel is eene praesumptio juris tantum van volstorting; in de tweede plaats: het is eene praesumptio juris et de jure van volstorting. Beide stellingen, dus verklaart hij, moet men wèl onderscheiden. Ik geef dit gaarne toe, onder opmerking evenwel, dat ik in mijne critiek alleen de eerste besproken en verdedigd heb. Over de laatste, die mij even onhoudbaar voorkomt als den heer Dura, liet ik mij niet uit, omdat het mij niet noodig toescheen haar te vermelden. Immers van invloed op de waardeering der besproken vonnissen kon het binnen den kring van onderzoek trekken dier stelling niet wezen.

Het vonnis van de Rb. te Amsterdam van 15 Sept. 1884 loopt uitsluitend over het *bewijs* van volstorting of niet-volstorting der deelneming, terwijl het vonnis der Haagsche rechtbank van 5 Jan. 1886 ipsis verbis de vraag behandelt, of in het feit dat toonderaandeelen verstrekt zijn het *bewijs* van of eene praesumptio juris voor volstorting is gelegen. Dezelfde quaestie had in hooger beroep het Hof in den Haag te beslissen; uit de aanhaling uit het arrest, door Mr. Dura hierboven bl. 23 ten beste gegeven, blijkt dit duidelijk. Wij lezen daar: „O. dat de app.... heeft beweerd, dat de 20 bewijzen van aandeel.... die hem ter hand zijn gesteld en door hem ten processe zijn overgelegd zouden *bewijzen*, dat hij aan de

krachtens zijne inschrijving op hem rustende verplichting heeft voldaan" enz. Al werd door appellant nog bovendien een beroep gedaan op eene praesumptio juris et de jure, de verwerping van dat verweer kon den rechter natuurlijk niet ontslaan van de verplichting om ook het minder vèr reikende sustenu, dat de verstrekking der aandeelen volstorting *bewees*, te onderzoeken.

De door den heer Dura gemaakte onderscheiding deert dus mijne critiek niet; zelfs niet, voor zooveel betreft het vonnis van de Rb. te Amsterdam van 9 April 1889. Uit de conclusie van het Openbaar Ministerie toch blijkt, dat ook door de gedaagden in het daarbij besliste geding in de verstrekking van toonderaandeelen niet alleen eene praesumptio juris et de jure werd gezien. De steller dier conclusie vermeldt het verweer der gedd. als volgt: „Deze aandeelen zijn aan toonder, zij moeten dus krachtens de bepaling van art. 4 der statuten *geacht worden* te zijn volgestort en strekken den gedaagden naar hunne meening *tot quitantie*, daar door eischer niet is beweerd *dat ze ter kwader trouw door het bestuur zijn uitgegeven.*" Ik kan in dit betoog inderdaad niet anders zien dan een beroep op eene praesumptio juris. Vreemd mag het ook heeten, dat de rechtbank, indien zij in het verweer der gedd. werkelijk zag een beroep op eene praesumptio juris et de jure, dit verst reikende middel van verdediging niet ook in de eerste plaats onderzocht; ware het gegrond bevonden, het onderzoek naar de vraag of schuldvergelijking had plaats gehad, had geheel achterwege kunnen blijven.

De heer Déking Dura is echter van meening, dat het beroep op art. 41 W. v. K. evenmin dienst kan doen als *bewijsmiddel* van het positum, dat ten volle aan de verplichting tot storting is voldaan. Hij wijst er in de eerste plaats op, dat bij de door mij verdedigde opvatting het feit dat verstrekt zijn aandeelen op naam, waarin niet geconstateerd wordt dat de storting van de deelneming nog niet ten volle heeft plaats gehad, dezelfde bewijskracht moet bezitten, en er dus voor mij geen reden bestond den klemtoon te leg-

gen op het woord *toonderaandeel*, noch ook om de ratio decidendi in art. 41 te zoeken. De juistheid dezer opmerking geef ik gaarne toe. Dat door mij alleen werd gehandeld over het toonderaandeel en over art. 41, vindt daarin zijn grond, dat de besproken vraag zich uitsluitend met betrekking tot toonderaandeelen heeft voorgedaan. Geheel zonder beteekenis is trouwens art. 41 voor de beantwoording dier vraag niet; het sluit elken twijfel omtrent de juiste oplossing uit. Intusschen, ik ben mijnen geachten bestrijder dankbaar voor de wijze, waarop hij mijn betoog op dit punt heeft aangevuld.

Wat ten slotte betreft zijn argument tegen de stelling dat het verstrekken van toonderaandeelen zou zijn een bewijs van volstorting, het heeft mij allerminst kunnen overtuigen. Dit argument is niet meer of minder dan een beroep op het dogma, dat „een toonderpapier is eene éénzijdige formeele verbintenis door de uitgifte onherroepelijk losgerukt en gescheiden van hare materiëele oorzaak". Hoever ik hier van mijnen bestrijder afsta moge hieruit blijken, dat naar mijne overtuiging dit dogma behoort tot die soort, waartegen mijn vriend Drucker in zijn onlangs gehouden inaugureele oratie terecht zoo krachtig is te velde getrokken. Het is een dier dogma's, die nergens anders op hun plaats zijn dan in een museum van juridische antiquiteiten; dat krachtige bestrijding verdient, omdat het, aan onze wet vreemd, bovendien vierkant in strijd is met de behoeften van het verkeer en in de toepassing elk oogenblik in botsing komt met de nimmer af te wijzen eischen van goede trouw en billijkheid; een dogma i. e. w. dat realiteit te eenenmale mist. Hoe groot ook de vereering van het meerendeel onzer juristen voor dit dogma moge zijn, ik had niet vermoed, dat het ook in deze quaestie aangeroepen zoude worden, allerminst door iemand die, zooals mijn bekwame tegenstander, in vroegere geschriften doorslaande bewijzen heeft gegeven dat hem een practische blik geenszins ontbreekt.

Hier nader uiteen te zetten waarom mij dit dogma in elk

opzicht verwerpelijk voorkomt, zou eene verhandeling over het wezen van het toonderpapier noodzakelijk maken, waartoe mij de gelegenheid ontbreekt. Niettemin achtte ik het gewenscht, althans te constateeren, waarom ik tegenover den heer Déking Dura de in mijn vorig opstel verdedigde stellingen vooralsnog meen te moeten handhaven.

MOLENGRAAFF.

IETS OVER INBRENG VAN GELDEN EN BETALING VAN SCHULDEN DOOR DEN GEFAILLEERDEN ERFGENAAM,

DOOR

Mr. D. R. DE MAREES VAN SWINDEREN,
Advocaat te Groningen.

Er is in den laatsten tijd — met name in de n^rs^. 994, 996 e. v. van het *Weekblad voor Notarisambt en Registratie* — veel geschreven over de vraagpunten, wier behandeling het opschrift van dit opstel in uitzicht stelt. Wie de ter aangeduider plaatse gedrukte bijdragen heeft gelezen en daarbij tevens de schrijvers heeft geraadpleegd, slaakt allicht eene verzuchting, dat wederom, en nu nog wel een onbekende, gehoor vraagt voor hetzelfde onderwerp. Toch heeft het vooruitzicht om misschien bij velen te kloppen aan eens dooven mans deur, mij niet weerhouden om gebruik te maken van de bereidverklaring der Redactie van dit Tijdschrift, om in de kolommen van het *Rechtsgeleerd Magazijn* eene plaats te gunnen aan deze eerste vrijwillige pennevrucht (en als zoodanig vinde zij hare beoordeeling), die haar ontstaan dankt aan de verplichting der leden van het Genootschap *Pro Excolendo Jure Patrio* te Groningen om beurtelings eene lezing te houden. Eenigen tijd geleden daartoe geroepen, kort vóór dat de bovenbedoelde bijdragen in druk waren verschenen, koos ik tot mijn onderwerp het behandelen van eenige vragen over inbreng van gelden en betaling van schulden door den gefailleerden erfgenaam [1]).

---

[1]) Het tijdstip, waarop dit opstel werd bewerkt, en de kring van lezers, waarvoor het was bestemd en waarin debat mocht worden uitgelokt, worden bij het lezen niet uit het oog verloren. Het is niet geschreven met de bedoeling om deel te nemen aan den opgewekten

Geen bijzondere waardeering van de regeling — ja, tot op zekere hoogte zelfs niet van de erkenning van den inbreng in ons Burgerlijk Wetboek hebben mij tot die keuze geleid. Het tegendeel is veeleer waar. En al wil ik allerminst ontkennen, dat, naar mijne meening, de bepalingen omtrent inbreng in onze wet, die van den Franschen Code in deugdelijkheid achter zich laten, toch moet mij even openhartig de bekentenis over de lippen, dat door die thans geldende regeling m. i. ten onrechte aan de fictie is toegekend de zege over de werkelijkheid. Daarin moge dan ook de behandeling der stof hare motiveering vinden. Het eerste punt zal ik slechts beknopt, het tweede daarentegen iets meer uitgewerkt behandelen.

Wat inbreng is? In de eerste plaats zoude ik hem willen definiëeren als eene onjuiste vertaling van *Rapport*. *Terugbreng* geeft het begrip juister terug en — op dit punt althans — ware eene meer slaafsche navolging van den Code civil te verkiezen geweest.

In de tweede plaats — althans wanneer wij Pothier[1]) aanhooren — is het een vredestichtend middel; het is, zooals deze schrijver hem schetst, de vrucht „de l'inclination de notre droit français à conserver l'égalité entre les héritiers, comme un moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles et d'en exclure les jalousies, auxquelles donneraient lieu les avantages que l'on ferait à l'un des héritiers par dessus les autres.“

Maar ook kunnen we hem noemen, en deze omschrijving, gegeven door Demolombe[2]), kies ik bij voorkeur uit de vele die er zijn te vinden: een incident, een praeparatoir van de boedelscheiding met het doel de te verdeelen massa saâm te stellen.

strijd, die in de reeds aangehaalde weekbladen over het hier behandelde thema is gestreden, al zal de schrijver thans ook niet nalaten in die gelederen partij te kiezen.

[1]) Pothier, *Traité sur les successions*, I, pag. 278.

[2]) Demolombe, *Cours de Code civil*, II, 282.

Zijn oorsprong ligt in de gelijke aanspraken, die men den erfgenamen op het vermogen van hunnen erflater en bloedverwant wil toekennen. De wetgever heeft die gelijkheid gewild, niet het minst waar het betreft erfgenamen in de nederdalende lijn; ja ook dan wenschte hij haar, wanneer de erflater testamentair over zijn vermogen heeft beschikt en dus rijpelijk heeft nagedacht over de personen, die — en over den omvang, waarin hij hen tot zijne nalatenschap wil roepen. Verklaart hij uitdrukkelijk dat niet moet worden ingebracht, welnu — zoo maar het wettelijk erfdeel niet is verkort — zijn wil zal worden geëerbiedigd, maar zwijgt hij, dan laat de wet hem spreken en zegt zij ons wat zijne bedoeling is geweest, of liever hoe die bedoeling, naar haar oordeel, had moeten zijn.

Die *paritas heredum* heeft een historisch gezag, dat ook in onze wet in groote mate is geëerbiedigd. Een historisch gezag — immers in de *Collatio bonorum* lag de gedachte, die aan onzen inbreng ten grondslag ligt, eveneens uitgedrukt. Bij testamentaire erfopvolging was eigenlijk voor eenen veronderstelden wil des erflaters weinig of geen ruimte en toen Justinianus dan toch die collatio dotis vel donationis propter nuptias voorschreef, deed hij zulks „quoniam incertum est ne forsan oblitus datorum aut prae tumultu mortis angustiatus hujus non est memoratus [1]).“

Of dan de Romein niet eer zijn testament maakte, dan wanneer hij zijn einde voelde naderen? De overweging van den Keizerlijken wetgever zoude leiden tot eene beantwoording in bevestigenden zin.

De coutumes van het oud-Fransche recht huldigden alle min of meer uitgebreid die leer en met name trad hierin de inbreng van schenkingen op den voorgrond. Zeker behoeft het ons niet te bevreemden, dat toen, nog onder den indruk der revolutie, de Code Napoleon werd gemaakt, de ontwerpers zich bij voorbaat getrokken voelden tot een rechts-

---

[1]) Nov. 18, Cap. VI.

instituut, dat immers onder de leuze „égalité" was grootgebracht. Mutatis mutandis nam ook onze wetgever den inbreng over. Schulden werden overboord geworpen, en hetgeen de testamentaire erfgenaam reeds had genoten werd mede opgenomen onder de inbreng-lading.

Erfgenamen, maar dan ook deze alleen, kunnen vorderen nakoming van de verplichting tot inbreng, die de wet hunnen medeërfgenaam oplegt; zij hebben uitsluitend het recht de hulp des rechters in te roepen ter handhaving van de gelijkheid, die alleen om hunnentwille moet gelden, zij kunnen vorderen dat hetgeen eens werd geschonken worde teruggebracht in den boedel, die — nu weer vergroot met datgene wat er in strijd met de gelijkheid aan onttrokken was — voor verdeeling is vatbaar geworden. Van eene schuldvordering, die de erfgenaam met betrekking tot en tot het bedrag van den verschuldigden inbreng ten eigen behoeve op den reeds bevoorrechten medeërfgenaam zoude hebben, kan dan ook geen sprake zijn. De erflater was voorzeker voor hetgeen hij eenmaal onvoorwaardelijk schonk geen schuldeischer van den begiftigde, hoe zouden zijne rechtverkrijgenden het dan zijn? De eigendom krachtens schenking geworden moet volgens de uitspraak der souvereine wet wijken voor het hoogere beginsel van de pariteit der erfgenamen, die, gezamenlijk eigenaren van den boedel, waartoe krachtens de fictie der wet ook het geschonkene gerekend wordt te behooren, de hereeniging van het afgescheidene met het geheel, den terugbreng van het genotene in de nalatenschap kunnen vorderen. Wil de begiftigde hen liever een gelijk bedrag, als dat hetwelk hij genoot, vooruit laten nemen uit de massa, welnu — hoewel eigenlijk geen terugbreng — laat de wet zulks toe. Maar duldt hij niet het laatste of doet hij niet het eerste, dan komt het recht der medeërfgenamen in actie, alvorens er gedeeld wordt. Hetzelfde geldt, wanneer niet eene geldsom is gegeven in den vorm eener schenking, maar daarentegen de gelden zijn verstrekt op minder formeele wijze en voor de doeleinden in art. 1142 B. W.

nader opgesomd. Ook deze begiftigde staat onder den druk der *paritas heredum;* zijne medeërfgenamen kunnen den inbreng vorderen en zijn tot het vooruitnemen van een gelijk bedrag gerechtigd, maar schuldeischers in engeren zin van hunnen medeërfgenaam zijn zij evenmin.

Nu in 't kort is aangestipt, waarom moet worden ingebracht, moeten wij stilstaan bij deze nauw daaraan verwante vraag: hoe kan de inbreng van geldsommen — met deze toch heb ik thans alleen rekening te houden — geschieden? Het antwoord schijnt duidelijk uit art. 1140 B. W. te volgen: de inbreng van gereed geld geschiedt ter keuze des inbrengers door de betaling van deszelfs bedrag of door eene bedeeling in mindering. Toch meen ik, ter beantwoording van de in opschrift gestelde vraag, eene enkele opmerking daarover niet te mogen achterwege laten. De Code gaf voor dit geval alleen eene bedeeling in mindering in uitzicht en wilde van geene betaling van deszelfs bedrag weten; althans hij zweeg daarover. In ons Burgerlijk Wetboek hebben wij echter naast art. 1140 nog in art. 1138 eene — als het ware inleidende en algemeene bepaling. Is daarom eerstgenoemd artikel overbodig en niets dan eene herhaling van het laatstgenoemde, „nur mit ein bischen andern Worten", zooals de Hoogleeraar Opzoomer[1]) zegt? Dat zoude ik niet willen toegeven. Integendeel, nu art. 1138 is neergeschreven, kon art. 1140 niet worden gemist of kan althans niet als overbodig gekwalificeerd worden. Immers in het algemeen kan men òf inbrengen òf minder ontvangen. Die inbreng is tweeledig: òf teruggave van hetgeen ontvangen is, òf restitutie der waarde, zooals die was tijdens de ontvangst. Maar, waar het vooraf genotene in gereed geld bestond, kon teruggave van hetzelfde, wat ontvangen was, — daargelaten dat dit kwalijk strookt met den aard der zaak — zeker weinig leiden tot het beoogde doel: de gelijkheid van erfgenamen; althans in sommige gevallen in

[1]) Opzoomer, dl. IV, pag. 475.

lijnrechten strijd daarmede komen. Men denke, om slechts één voorbeeld te noemen, aan Brabantsche centen. Was het dus niet rationeel, dat de wetgever uitdrukkelijk zeide, dat, wanneer het geldsommen betrof, geen teruggave van hetzelfde wat men had genoten toelaatbaar was, maar alleen betaling van het bedrag, van de waarde, of toebedeeling in mindering zou worden gedoogd? „Betaling van deszelfs bedrag", dat is dan, wat bij roerend en onroerend goed wordt genoemd: feitelijke inbreng der waarde, en wij zullen, met het oog op het karakter dat wij aan den inbreng hebben toegekend, in die woorden dan ook niet mogen lezen, dat de medeërfgenamen hebben eene schuldvordering tegen den begiftigden medeërfgenaam tot dat bedrag, maar slechts deze conclusie daaruit mogen trekken, dat zij hebben recht te vorderen den feitelijken inbreng van de waarde van het geschonkene in de nalatenschap. Zoo daaraan niet wordt voldaan, mogen ze zelve den onwilligen inbrenger bij de boedelscheiding zooveel minder toedeelen, m. a. w. zelve die waarde vooruitnemen uit den boedel. En dan die waarde, zooals zij was ten tijde der gift. Want de verplichting tot inbreng moge ontstaan eerst bij het openvallen der nalatenschap — de waarde van hetgeen moet worden ingebracht moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de schenking werd gedaan. Gelijkheid was het doel — welnu daarom gaf men den nog niet bevoordeelde recht op zoodanig bedrag, als ook hij zou gehad hebben, indien hij tegelijk met, en in dezelfde mate als zijn medeërfgenaam begiftigd was geworden.

Zoo dikwijls quaesties van inbreng zich voordoen, zal men — en dit ten slotte — dit voor oogen moeten houden en daardoor zich moeten laten leiden bij het geven eener beslissing, dat de *paritas heredum* niet het gevolg is eener uit anderen hoofde wenschelijk geachte erkenning van de verplichting tot inbreng, maar dat omgekeerd ter bereiking dier gelijkheid, en deswege dan ook alleen, de inbreng in onze wet zijne plaats heeft gevonden; dat dus elke beslissing

daarmede strookend, staat onder de schutse der wet; dat de medeërfgenamen *in* die kwaliteit, maar dan ook alleen *ter wille van* die kwaliteit van den medeërfgenaam de nakoming zijner verplichting kunnen vorderen; en eindelijk: dat inbreng is een incident, een praeparatoir van de boedelscheiding.

Keeren wij nu terug tot de vraag, of het faillissement van den erfgenaam invloed heeft op den inbreng van geldsommen in de nalatenschap, waarin hij mede is gerechtigd. Vergezellen wij den curator naar de plaats, waar tot de scheiding en deeling dier nalatenschap zal worden overgegaan, en waar wij uit zijnen mond de verklaring kunnen opvangen, dat zijn curandus heeft genoten eene gift van *f* 2000. Laten wij stellen, dat de boedel bedraagt *f* 14000, en dat 4 zoons daarin zijn gerechtigd, dan ligt zeker deze oplossing voor de hand, dat men den curator *f* 2000 wil toedeelen, en aan de overigen ieder *f* 4000 zal toekennen. Maar wij zullen het kunnen vernemen, dat de eerstgenoemde daartegen bezwaar heeft. Hij wil gebruik maken van het recht van keuze, dat de wet hem in art. 1140 B. W. geeft; hij wil inbrengen door betaling dier *f* 2000, en verklaart dan ook — althans wat hem betreft — geen bezwaar te hebben tegen de plaatsing der codividenten voor dat bedrag op de lijst der erkende crediteuren in den door hem beheerden boedel. Eene toedeeling van die *f* 2000 in mindering, en dan voor het volle bedrag, kan hij evenmin aannemen, omdat niet pariteit van erfgenamen, maar wel die van crediteuren een beginsel is, dat zijn doen en laten moet beheerschen.

Wij lieten den gefingeerden curator aldus spreken en is zijne meening juist, dan is de invloed van het faillissement op den inbreng van geldsommen zeker niet gering.

Gesteld toch, dat 25°/₀ uit den insolventen boedel wordt uitbetaald, dan zullen de erfgenamen samen *f* 14500 of ieder *f* 3625 ontvangen, terwijl de gefailleerde bovendien *f* 1500 zal hebben genoten en dus per slot van rekening *f* 5125 heeft bekomen. De *paritas heredum* krijgt dan een slag in 't aangezicht, en dit doet ons reeds bij voorbaat

twijfelen aan het goed recht des curators. In stellige zekerheid zal die twijfel verkeeren, zoodra wij de zaak toetsen aan 't geen we in de voorgaande regelen schreven.

Het faillissement is een beslag op de massa — eene executie van den boedel, zooals die tijdens de faillietverklaring was, eene realisatie van het onderpand, dat zij, die crediteuren waren, in de goederen van hunnen schuldenaar hebben voor de nakoming der getroffen overeenkomsten. Op dat vermogen hebben de crediteuren, zoo niet door de wet bevoordeeld of krachtens overeenkomst door pand of hypotheek verzekerd, in dezelfde mate en allen gelijkelijk recht. Tot dat vermogen behoorde dus ook zeker het aandeel in de nalatenschap, die, bij den aanvang van het faillissement, wel open gevallen, maar nog niet verdeeld was geworden. Ook daarop dus hebben de crediteuren gelijkelijk recht; wie dat miskent handelt in strijd met den aard van het faillissement, handelt dus onjuist. Bevoordeeling van den eenen crediteur boven den anderen is eene even strenge overtreding der wet, als schending van de pariteit der erfgenamen.

Is echter eene collisie tusschen deze twee beginselen wel onvermijdelijk, en zoude inderdaad de beoordeeling van de juistheid van des curators beweren moeten gepaard gaan met eene uitspraak over de prioriteit dier twee beginselen? In geenen deele, naar ik geloof; en ware het niet, dat in de Fransche jurisprudentie inderdaad meeningen, als die van den door mij gefingeerden curator waren verdedigd, de twijfel zou bij mij opkomen, of zij recht van bestaan zouden hebben.

Schulden en giften waren in Frankrijk gelijkelijk aan inbreng onderworpen. Men dient dan ook uiterst voorzichtig te zijn met eene casuspositie, die daar te lande zich voordeed, hier aan te halen, en het vereischte quantum voorzichtigheid stijgt nog in groote mate, wanneer men bedenkt, dat inbreng door *betaling* in 't Fransche recht, waar het geldsommen betreft, niet door de wet genoemd wordt. Toch deed zich in 1869 voor de Rechtbank te Bergerac een soortgelijk geval voor, en de motieven, die den Franschen rech-

ter er toe hebben geleid om den *syndic* in 't ongelijk te stellen, vinden hare eigenaardige uitdrukking in deze overwegingen, die ook in hoogere instantie volkomen werden gedeeld:

„qu'il ne s'agit point de la part de la succession de se „présenter à la faillite pour y réclamer une créance à raison „de laquelle elle se trouverait soumise à la loi commune „à tous les créanciers; que c'est au contraire la faillite qui „se présente à la succession du chef du failli et que la „masse de la faillite, ne pouvant y avoir d'autre droit que „le failli lui même, est obligée de subir par voie d'impu„tation les rapports, auxquels celui-ci eût été assujetti."

Daarin ligt, kort maar duidelijk, naar mijne meening, de richting aangewezen, waarin de oplossing is te vinden. De curator moet komen bij de medeërfgenamen — niet deze bij hem. Hij moet komen vragen zijn aandeel; maar vóór dat door eene boedelscheiding kan worden voldaan aan zijn verlangen, moet worden ingebracht. Inbreng is een praeparatoir van de scheiding. En als nu de curator redeneert, zooals ik hem zulks liet doen, d. w. z. als hij argumenteert: ik heb recht van keuze, ik kies inbreng door betaling der geldsom, maar wie van mij betaling wil hebben, moet zich laten verifiëeren in den boedel, ik *mag* maar zoo niet betalen; dan treft hem — en ik zou meenen doodelijk — dit antwoord: wij medeërfgenamen behoeven niet bij u te komen, gij moogt kiezen — per nos licet — maar kunt ge niet betalen ex asse, welnu dan hebt ge verloren uw recht van keuze en blijft u slechts over de mogelijkheid, om ons vooruit te laten nemen. En als de curator dan nog repliceert: dat de wet toch zegt, dat hij mag inbrengen door betaling der geldsom; dat de wet evenzeer zegt, dat hij, failliet zijnde, slechts mag betalen aan de geverifiëerde crediteuren; dat dus de medeërfgenamen moeten opkomen voor dat bedrag in zijnen boedel; — dan dupliceeren de medeërfgenamen ten slotte afdoende: Betaling der geldsom, in den zin waarin de wet in den titel van inbreng daarvan

spreekt, is niet: het voldoen eener schuldvordering tot dat bedrag; het wil dit zeggen: feitelijke inbreng van de waarde der gift. Kunt ge dat niet, — en dat kunt ge niet — dan hebt ge ook verloren uw recht van keuze. Wij medeërfgenamen zijn niet crediteuren van U, maar wel zijn wij begiftigd door de wet met het recht om van U te vragen feitelijken inbreng van het bedrag, dat U eenmaal werd geschonken. Uw faillissement raakt ons niet; wij blijven daarbuiten; wij komen niet bij uwen boedel, maar wij verwachten U in den onzen.

Ik vlei mij, dat de beantwoording der eerste vraag hiermede niet ongemotiveerd is gegeven. Immers nu de argumenten, in den mond der medeërfgenamen gelegd, ontleend zijn aan hetgeen wij in den aanvang van dit opstel omtrent inbreng en de wijze waarop wordt ingebracht in 't midden hebben gebracht, is de knoop niet op ruwe wijze doorgehakt, maar zijn de koorden geleidelijk en, moge het zijn, langs den wettigen weg losgemaakt.

Er zal dus moeten zijn toebedeeling in mindering, en dat ook hier de meening van den curator niet juist kan zijn, springt in het oog. De medeërfgenamen mogen voor het volle bedrag *f* 2000 vooruit nemen. Immers op dat bedrag hebben zij recht, dat indertijd is geschonken. En dat is ook nu nog *f* 2000, ongeschonden en onverkort.

Door deze oplossing is recht wedervaren aan de *paritas heredum*; en wie zoo handelt, dit zagen wij, staat onder de schutse der wet. De *paritas creditorum* is evenmin met voeten getreden. Want zij, die crediteuren zijn van den gefailleerde wisten — althans konden weten — toen zij crediet verleenden, dat het vermogen van hunnen schuldenaar slechts met zoodanig gedeelte uit de nalatenschap zijns vaders zou worden vergroot, als voor hem overbleef na gedanen inbreng. En dat aandeel vloeit ook nu nog in de massa, hun onderpand. Te ontkennen is het niet, dat de medeërfgenamen er beter aan toe zijn, dan de faillissementscrediteuren. Maar gene mogen immers ook niet de nadeelen

gevoelen eener gelijkheid, die voor deze is in 't leven geroepen. De erfgenaam, die verwerpt, behoeft niet in te brengen, wordt dus niet het slachtoffer der *paritas heredum* — omdat hij geen erfgenaam is; evenmin treffen de medeërfgenamen de nadeelen der *paritas creditorum*, omdat zij geen crediteuren zijn. Of zij het worden kunnen? Het geval zal zich dikwijls voordoen, dat de vooruitneming feitelijk onmogelijk is, omdat de krachten van den boedel dat niet gedoogen. Het ligt voor de hand, dat de curator dan de nalatenschap zal verwerpen. Maar, gesteld eens, dat zulks werd nagelaten, dan zullen — de kans van ontsnappen bestaat niet — de medeërfgenamen moeten worden crediteuren in den faillieten boedel en, bij gebreke van eenig privilege dat hun in de wet is verleend, slechts als concurrent kunnen optreden. Daarin ligt echter m. i. niet een brevet van onwaarheid voor het pas te voren ontvouwde systeem. A l'impossible nul n'est tenu; zouden we dan den wetgever strengere eischen mogen stellen? Wat we echter wel hadden mogen verwachten is dit: dat hij art. 1134 niet had geschreven. Want waarop grondt zich het beginsel, dat de erfgenaam niet meer behoeft in te brengen dan zijn erfdeel bedraagt, dat hij dus — zoo maar het wettelijk erfdeel der medeërfgenamen niet is aangetast — mag onder zich houden ten koste zijner medeërfgenamen, hetgeen hij reeds heeft genoten? Op welken grond dit steunt kan ik niet beslissen maar dit weet ik wel, dat het niet *kan* steunen op het beginsel van gelijkheid, en dus in het kader van de inbrengbepalingen niet past.

De invloed van het faillissement van den erfgenaam op den inbreng van geldsommen in de nalatenschap, waartoe hij staande dien toestand wordt geroepen, is dus verschillend. Gering is hij voor den inbrenger, daar hij slechts verliest het recht van keuze; gering ook voor de medeërfgenamen, zoo de boedel maar toereikend is; maar grooter en meer ingrijpend is hij voor de crediteuren. Want waar gene onverkort vooruitnemen hetgeen de failliet reeds heeft genoten, en dus

tot een zelfde bedrag komen als wanneer hun medeërfgenaam niet gefailleerd was, zien wij dezen slechts zoodanig bedrag uit die nalatenschap toebedeeld als overblijft nadat gene zich ex asse hebben voldaan. Toch is de oplossing, naar ik meenen zou, in geheele overeenstemming met den aard van den inbreng, en met dien van het faillissement niet in strijd. Zij bewaarheidt — en dit ten slotte ter eere van den inbreng nog erkend — in dit opzicht althans de uitspraak van den ouden Ulpianus: „Hic titulus manifestam habet aequitatem."

De vraag, waarbij in de tweede plaats zal worden stilgestaan, staat in zeker opzicht lijnrecht tegenover die, welke zoo juist werd behandeld. Althans wat den uitslag betreft, want de juichtoon zal nu in droefheid, en omgekeerd ontevredenheid in vreugde verkeeren.

Laten wij ons bepalen tot dezelfde personen, die reeds eenmaal hunne diensten bewezen, en ons voorstellen dat de gefailleerde, bij monde van zijnen curator, erkent, nog voor weinige jaren van zijnen overleden vader ter leen te hebben ontvangen een dergelijk bedrag van *f* 2000. Rente is er nimmer van betaald en het genot is voor den gefailleerde dus minstens even groot geweest, als dat hij heeft gehad van die gelden, die hem ter betaling van schulden zijn verstrekt. Toch moet hij deze inbrengen en gene niet, zelfs niet wanneer nimmer van terugbetaling is gerept. Eene vermomde schenking moge het in vele opzichten zijn, toch wordt ze niet aan inbreng onderworpen. Want de verplichting hiertoe grondt zich op den veronderstelden wil des erflaters, en nu die wil zich in die richting heeft geuit, dat hij den zoon eene schuldvordering liet teekenen, gaf hij daardoor te kennen dat — al was ook de gedachte aan eene schenking of een avancement d'hoirie hem niet vreemd — hij juist door den vorm dien hij koos van geen inbreng heeft willen weten. Iedere verklaring van *ter leen* ontvangen gelden sluit m. i. inbreng uit, juist omdat zij het begrip van schuldvordering in zich sluit.

Wat zal nu de invloed zijn, dien het faillissement van den schuldenaar-erfgenaam uitoefent op de betaling van die schuld? In de eerste plaats dien ik na te gaan, hoe de gang van zaken zal zijn, als de erfgenaam niet is gefailleerd, of, liever gezegd, zal ik moeten nagaan, niet alleen hoe de gang van zaken gewoonlijk is, maar welke rechten de schuldenaar-erfgenaam ten opzichte van de wijze, waarop hij die schuld wil betalen, *kan* doen gelden. Is de schuldenaar-erfgenaam niet gefailleerd, dan zal het voor de hand liggen, dat men dien erfgenaam zijn eigen schuld toedeelt en de bate van den boedel, in die schuldvordering bestaande, onder zijn aandeel brengt. De omstandigheden leiden er toe — maar utiliteitsprincipes zijn nog geen rechtsgronden. Als nu de schuldenaar-erfgenaam zich er eens niet mede kan vereenigen, zal men hem dan een afdoend antwoord kunnen geven op zijne vraag, waarom juist *hij* die vordering in zijn aandeel krijgt? En wordt dat afdoend antwoord niet des te moeilijker, wanneer hij wijst op art. 1125 B. W., waar dan toch uitdrukkelijk staat geschreven, dat na de regeling van den inbreng en van hetgeen *door* den boedel *aan* een of meer der erfgenamen is verschuldigd, ieders aandeel wordt bepaald? De wet noemt hier nominatim inbreng en inschulden van de erfgenamen ten laste der nalatenschap, en daarin ligt reeds eene niet onduidelijke vingerwijzing om den eisch, dat eene inschuld ten laste van een der medeërfgenamen niet *vooraf* behoeft te worden verrekend, niet aanstonds als ongegrond te beschouwen.

Niet alzoo de Utrechtsche Hoogleeraar, Mr. H. J. Hamaker, die in de reeds geciteerde Weekbladen n^rs^. 994 en 1003 tot eene geheel tegengestelde conclusie komt. De interpretatie in dat doorwrocht betoog aan dit artikel, in verband met art. 1132 al. 1, gegeven, is echter, naar des schrijvers eigen bekentenis, de vrucht van deze overweging, dat, ook al geraakt men in strijd met de voorstellingen die den wetgever, toen hij die bepalingen maakte, voor den geest stonden, die interpretatie de juiste is, die ons doet handelen,

zooals de wetgever zoude hebben gewild, indien hij de zaak beter gekend had; men wijkt dan niet af van zijnen wil, maar slechts van datgene wat hij in dwaling voor zijn wil hield.

Ik moet aanstonds opmerken dat, naar mijne bescheiden meening, dat veld van wetsinterpretatie mij niet het beloofde land der toekomst schijnt. Daarin wil ik den hoogleeraar even weinig volgen, als ik zijne elders [1]) neergeschreven meening deel, dat de rechter — evenals de onderwijzer, die het officiëele leerboek, als leiddraad hem gesteld, met zijne eigene, door zelfstandig onderzoek verkregene, betere kennis van het daarin behandelde object aanvult — in de plaats van de gebrekkige wet, zijne eigene betere wetenschap moet stellen. Waar moet het heen, zelfs indien — zooals de schrijver stelt — er alleen bekwame rechters zijn, die door de wet heen de maatschappij zelve weten te zien?

Het „legum servi sumus" past, naar ik meenen zou, ook al is de slavernij afgeschaft, nog volkomen in het kader van onzen tijd en aan de duidelijke en niet dubbelzinnige letter der wet mag de uitspraak in hoogste instantie niet worden ontroofd. De bepaling nu van art. 1125 is m. i. volkomen duidelijk en zegt niets anders dan dit, dat na de regeling van den inbreng en van hetgeen door den boedel aan een der erfgenamen is verschuldigd, ieders aandeel wordt bepaald. En al laat men nu, wat ik gaarne wil doen, ook aan de geschiedenis van dit artikel recht wedervaren, dan zie ik daarvan nog niet dit resultaat, dat men dan ook aan het woord „inbreng" moet toekennen dien omvang, dat èn schenkingen èn schulden daaronder vallen.

Men argumenteert van tegengestelde zijde aldus: art. 1125 kwam reeds voor in het Wetboek van 1830, en is eene samenvatting van de artt. 829—831 van den Code civil; in deze laatste artikelen werd gesproken „des dons qui lui

1) *Het Recht en de Maatschappij,* pag. 103.

ont été faits et des sommes dont il est débiteur", en, samenvattend in één artikel, sprak de wetgever van 1830 van „inbreng". Toen ter tijd was echter de bepaling van art. 1132 al. 1 nog niet bekend, en toen de splitsing van dit laatste in 1838 in de wet kwam en art. 1125 zijne oude redactie behield, vergat de wetgever, dat thans aan het woord inbreng niet meer de omvangrijke beteekenis van vroeger kon worden gegeven, en verzuimde hij ook art. 1125 op eene met art. 1132 al. 1 correspondeerende wijze te veranderen.

Het is onbetwist, dat de wetgever in 1838 uitdrukkelijk verklaarde alleen bij schenking nog van inbreng te willen weten, althans dat woord alleen voor schenkingen te willen gebruiken. Mogen wij dan, met die wetenschap voor oogen, toch maar aan „inbreng" in art. 1125, in lijnrechten strijd daarmede, dien omvang toekennen, dat hij ook de voldoening van schulden betreft? Zelfs als het vaststond, dat de wetgever van ons Burgerlijk Wetboek verzuimde de redactie van art. 1125 te wijzigen, dan nog, zou ik meenen, dat tegen herstel van dat verzuim door middel van vrije interpretatie ernstige bezwaren zijn in te brengen.

Maar het is bovendien niet eenmaal een vaststaand feit — en dit zal men dan toch wel als onmisbare basis moeten eischen — dat er een verzuim is gepleegd. De geschiedenis van dit artikel toch — art. 12 van den XVI. titel van Boek II van het Ontwerp van 1824 — leert, dat in antwoord op eene in dat jaar gedane vraag, waarom onderscheidene artikelen uit het Fransche Wetboek waren weggelaten, de Regeering o. a. verklaarde: „dat ten dezen aanzien een geheel ander stelsel als in het Fransche Wetboek is aangenomen." Doelde men met die vraag ook op de weglating van art. 829 C. c., wat mogelijk is, dan volgt uit het antwoord der Regeering, dat het niet juist is, in art. 1125 B. W. eenvoudig eene samenvatting te zien van artt. 829—831 C. c.; m. a. w. dan staat niet vast, dat vóór 1838 „inbreng" in art.

1125 de ruime beteekenis had, die in den Code civil daaraan werd gegeven [1]).

Ik kan in de geschiedenis geen voldoenden grond vinden om aan den inbreng van art. 1125 eene geheel andere beteekenis te geven dan die hij in art. 1132 heeft, en waar mij die voldoende grond ontbreekt, vat ik onder dien inbreng alleen de schenkingen en niet de voldoening of verrekening van schulden.

Maar de rechtssymmetrie schijnt het dan toch te vorderen, dat, waar van de eene zijde alles in rekening moet komen wat de boedel uit welken hoofde ook aan de erfgenamen schuldig is, daar eveneens van de andere zijde alles in rekening moet komen, wat de erfgenaam aan den boedel, uit welken hoofde ook, schuldig is.

Aldus prof. Opzoomer [2]), wiens uitspraak echter, ook voor hem die haar volkomen deelt, onder deze voorwaarde staat, dat het geoorloofd is eene schijnbare vordering der rechtssymmetrie te laten triumpheeren over den ondubbelzinnigen eisch der geschreven wet. Juist in dat laatste ligt mijn bezwaar. Meer steun vind ik bij Prof. Diephuis [3]), waar deze schrijft: „Nu zullen de schuldvorderingen die ten laste „van dezen of genen erfgenaam zijn tot de nalatenschap be„hooren en de baten van deze en alzoo de te verdeelen massa „uitmaken".

Geeft dan art. 1125 m. i. den medeërfgenamen niet het recht om de betaling eener schuld van een medeërfgenaam aan de nalatenschap te vragen voor en aleer tot verdeeling wordt overgegaan, van meer belang zijn de bepalingen van art. 1132, waarin de wetgever heeft neergeschreven, welke erfgenamen moeten inbrengen, wat door hen moet worden ingebracht, onder de — als het ware in het voorbijgaan

---

[1]) Zie, in *Weekblad v. h. N. en R.*, n°. 996, Mr. de Witt Hamer en de door hem geciteerde schrijvers.

[2]) Opzoomer, dl. IV, pag. 456, noot 5.

[3]) Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht* (1884), dl. 9, pag. 472.

gestelde — mededeeling „onverminderd de verplichting van *alle* erfgenamen tot voldoening aan of verrekening met hunne medeërfgenamen van alles wat zij aan de nalatenschap schuldig zijn".

Kunnen wij uit dat wetsvoorschrift halen, wat velen een welkomen buit zouden noemen, of zoude hier zelfs niet van uithalen de rede mogen zijn en hetgeen wij verlangen zich bij de eerste lezing van het artikel reeds van zelf aan ons opdringen? Dit laatste althans geloof ik niet; de eerste indruk is slechts deze, dat de wetgever te kennen geeft dat de inbreng van schenkingen door de door hem genoemde erfgenamen geen inbreuk maakt op de verplichting van *alle* erfgenamen tot voldoening of verrekening, enz. Het artikel is niet geschreven om die verplichting in de wet te brengen, maar om, zooals het opschrift van de Afdeeling reeds aantoont, te decreteeren wat, en door wie moet worden ingebracht.

Inbreng, zeide ik, alleen van schenkingen, niet van schulden, ook niet onder den naam „voldoen en verrekenen"; want met den naam veranderde ook het wezen [1]). Die uitspraak eischt motiveering tegenover de bestrijding van mannen als de hoogleeraar Hamaker.

Inbreng van schulden was in den Code civil wel bekend. Prof. Hamaker deelt mede, dat zelfs in vroegere tijden — maar niet in de Fransche Coutumes — die inbreng uitsluitend bekend was en die van schenkingen eerst later erkend is geworden, met dat gevolg echter, dat de nieuw ingelijfde op het recht van eerstgeboorte ging inbreuk maken en, tengevolge van een misgreep van den Franschen wetgever, zelfs dermate de overhand kreeg, dat men in schenkingen iets ging zien dat ze voor inbreng voorbeschikte, terwijl dit met schulden slechts dan het geval zou zijn, wanneer de wetgever het uitdrukkelijk zeide. Volgens dien

[1]) Dat inbreng van schulden geen steun vindt in de wet, werd ook overwogen in een vonnis der Arr. Rechtb. te Winschoten, vermeld door H. B. G. in *W. v. h. N. en R.*, n°. 1000.

schrijver is de grond van den inbreng alleen daarin te zoeken, dat er vooraf is genoten, zonder contrapraestatie, wat nog niet bij het overlijden des erflaters teruggegeven was, en aan de hand van dat historisch beginsel komt de hoogleeraar tot de slotsom, dat men ook in ons positief recht mag aannemen dat ook voor schulden inbreng geldt. De wetgever stelde het zich wel niet zoo voor, maar hij zoude het gedaan hebben, indien hij, in stede van die in dwaling gevormde voorstelling, zich een juist begrip van de te behandelen materie had gemaakt.

Nu merk ik in de eerste plaats op, dat de vader, die aan zijn zoon geld leent tegen matigen interest zelfs, toch niet gezegd kan worden zonder contrapraestatie te hebben doen genieten; maar bovendien dat, nu toch vaststaat dat thans schenkingen als type van het inbreng-object worden beschouwd, die historische grond is verlaten geworden. Immers als werkelijk alleen moet worden ingebracht omdat nog niet is teruggegeven, wat zonder contrapraestatie was genoten, dan mochten schenkingen zelfs niet worden ingebracht, want van deze zegt de wet, dat zij onherroepelijk *moeten* worden gedaan en dus — naar haren aard — niet teruggegeven mogen worden.

Het historisch argument verliest zijn kracht, zoodra het wordt getoetst aan de actueele werkelijkheid. Bovendien, zooals ik reeds zeide, met de wijze van uitlegging der wet, die de Schrijver volgt, kan ik in geenen deele medegaan. De verantwoordelijkheid voor die vredebreuk, die ik inderdaad niet licht schat, wordt mij echter gemakkelijker te dragen, als ik bedenk dat de Schrijver kort daarna [1]) zijne conclusie tot de helft heeft ingekort, en halverwege zijnen bestrijder [2]) — wien dit den uitroep „Salomo's rechtspraak toegepast bij wetsexplicatie" ontlokte — tegemoet is gekomen, en als eindresultaat van zijn herhaald onderzoek heeft

[1]) *W. v. h. N. en R.*, n[rs]. 994 en 1003.
[2]) Zie Mr. de Witt Hamer in *W.* n°. 1005.

gesteld, dat voor erfgenamen in de nederdalende linie het voldoen en verrekenen hunner schulden inbreng is; voor de overigen afdoening der schuld, nakoming hunner verplichting om te betalen.

Art. 1132, in verband beschouwd met de geschiedenis zijner wording en met den Franschen Code civil, geeft echter m. i. geen recht om voldoening en verrekening met inbreng te assimileeren. Reeds de woorden doen een sterk vermoeden rijzen voor mijne stelling, niet alleen omdat toch kwalijk in transitu die materie even geregeld kon worden, maar ook omdat de bijvoeging „onverminderd" aantoont, dat onze wetgever den inbreng van schenkingen beschouwde als niet rakende noch opheffende de verplichting tot voldoening van de schulden, maar zeker geen recht geeft tot deze opvatting, dat hij die voldoening en verrekening in het wezen der zaak *ook* als inbreng beschouwde. Maar bovendien is die opvatting m. i. onbestaanbaar met de uitdrukkelijke mededeeling, dat *alle* erfgenamen moeten voldoen en verrekenen met hunne medeërfgenamen hunne schuld aan de nalatenschap.

Inbreng van schenkingen zoude slechts voor enkele — inbreng van schulden voor alle erfgenamen bestaan? Het kind, bij plaatsvervulling de erfenis zijner grootouders beurend, moet wel inbrengen de giften door die grootouders gedaan aan zijne ouders, wier nalatenschap het verwierp, maar niet de schulden van deze, en toch zou voor schulden inbreng gelden? En waartoe ten slotte de bepaling van art. 1142 B. W., indien toch krachtens art. 1132 schulden moeten worden ingebracht? Dat artikel ware dan immers overbodig, want hetzij de in art. 1142 bedoelde gelden zijn geschonken, hetzij ze zijn geleend, in beide gevallen zou immers art. 1132 voldoende uitkomst geven.

En nu de geschiedenis van art. 1132. Men wilde breken met het stelsel van den Code, althans men wilde het woord *inbreng* niet meer voor schulden gebruiken. Voorduin, dl. IV, pag. 300 vermeldt, dat een der leden bij de behandeling

van dit artikel de vraag deed, of men niet zou bijvoegen „ook de geleende gelden" en dan tevens [wat in dien gedachtengang logisch was] ook art. *d*. nu art. 1135, en daarop dit antwoord kreeg van de Regeering: „dat de schulden niets gemeens hebben met den inbreng, omdat het van zelf spreekt, dat de schulden moeten worden gekweten zonder aanzien of de schuldenaar erfgenaam, bloedverwant of vreemde zij."

De Regeering zei dus uitdrukkelijk, dat zij met die verrekening of voldoening niet anders bedoelde dan de gewone, op elken schuldenaar rustende verplichting om te betalen wat hij schuldig is; en zoude men dan, met die uitspraak voor oogen, toch mogen argumenteeren in dezer voege: de bepaling omtrent de verplichting der voldoening of verrekening heeft dezen zin, niet alleen dat zij blijft bestaan, maar ook dat zij in haar wezen is gebleven [en dus alles gemeen heeft met] den inbreng, zooals die vroeger van schulden bekend was geweest? Ook bij dit artikel ontbreken onomstootelijke historische gronden, niet alleen om te komen tot eene opvatting, die niet aanstonds uit de woorden der wet volgt, maar zijn ze veeleer, naar ik meenen zou, wel aanwezig om te bevestigen de meening, dat art. 1132 in den aanhef niets anders geeft, dan de met het oog op de vroegere toestanden niet overbodige bepaling, dat schulden eenvoudig door alle erfgenamen moeten worden betaald.

Waartoe zijn we dus gekomen? Tot deze conclusie in de eerste plaats, dat inbreng niet alleen in naam, maar ook in zijn wezen voor schulden niet meer geldt; en, is dit juist, waaruit zou dan volgen dat die voldoening en verrekening vóór de verdeeling MOET geschieden en dat — indien de schuldenaar-erfgenaam zulks niet doet — men hem tegen zijn zin die vordering toescheiden mag? Volkomen erken ik, dat in normale gevallen de quaestie zich niet zal voordoen, maar stel eens dat, om welke redenen dan ook, de schuldenaar-erfgenaam niet wil betalen en evenmin in rechte zulks van hem wordt gevraagd, zouden dan zijne medeërfgenamen tegen

zijn zin in zijn aandeel die schuld kunnen plaatsen? Indien zij, tengevolge eener voorwaarde of tijdsbepaling, nog niet opvorderbaar is, dan in geen geval; maar ook wanneer de schuld opeischbaar is, kan ik in de wet geene bepaling vinden, die hun zulks veroorlooft. De schuldenaar-erfgenaam moet voldoen of verrekenen; het laatste zal alleen dan te pas komen, als ook de erflater aan hem iets schuldig was; in alle andere gevallen moet hij voldoen, en kan daartoe zoo noodig door den rechter worden veroordeeld. Maar, met voorbijgang van dit laatste, hem eenvoudig zijne schuld toe te scheiden — dat kan ik in de wet niet voorgeschreven vinden. Is daardoor aan de medeërfgenamen eene plaats om te visschen aangewezen achter het net? Ik zoude willen antwoorden dat zij het in hunne macht hebben die weinig gunstige positie te voorkomen, door alvorens te scheiden den onwilligen codivident in rechte aan te spreken. Tegen dien maatregel bestaat in mogelijk nauwe verwantschap geen beletsel, omdat de onwillige inderdaad verraadt, niet al te goede bedoelingen te hebben. Alleen in dat geval zal hij tegen die toescheiding bezwaar hebben. Het was voor mij echter niet de vraag, wat gewoonlijk zal geschieden, maar wat de schuldenaar-erfgenaam mogelijker wijze zoude kunnen vorderen. Die vordering is deze: dat er kavelingen zullen worden gemaakt en dat de vraag of zijne schuld, bate van den te verdeelen boedel, in zijn aandeel zal vallen, door het lot, door den worp van den teerling, zal worden beslist.

A l e a j a c t a — maar zijn wij daarom ook over den Rubicon heen? Men werpt mij allicht tegen, dat ik geheel zou voorbij zien de werking der confusie, die, van rechtswege werkend, die inschuld — althans gedeeltelijk — te niet deed gaan. Men beschuldigt mij allicht, dat ik zou miskennen de scherpte van dat wapen, dat voor eene reeks van gezaghebbende schrijvers het middel is geweest, om uitspraken als de mijne te keeren. Ik wil mij verdedigen tegen dien aanval en trachten aan te toonen, waarom dat wapen mij niet doodelijk treft. Van compensatie — en deze opmerking ga vooraf — kan

geen sprake zijn. De schuldenaar-erfgenaam is niet in de eerste betrekking *schuldenaar*, en in de tweede *schuldeischer* van de nalatenschap, zoodat men met behulp der fictie, dat hij in de eerste kwaliteit zich zelf en in de tweede de erflater is, van compenseeren kan spreken. Die redeneering, in Franschen bodem geworteld en opgewassen, is — dunkt mij — in onzen grond niet levensvatbaar. Hier zijn geen twee personen, veelmin nog twee personen die over en weer van elkaar schuldenaren zijn.

Iets anders is het met de confusie, de vermenging van de hoedanigheid van schuldenaar en schuldeischer in één persoon, waardoor de vordering van rechtswege zou worden vernietigd. „Personam eximit ab obligatione, potius quam obligationem", volgens Demolombe[1]) nog juister uitgedrukt in deze termen: „Confusio non exstinguit obligationem, sed magis personam eximit ab actione." Bij het begrip en de werking der confusie moet ik een tijdlang stilstaan, een stilstand, die echter in casu vooruitgang zal zijn, omdat — als ik niet dwaal in mijne opvatting omtrent dat leerstuk — die opvatting voor de beantwoording der gestelde vraag van groot gewicht zal zijn.

Over het begrip van confusie loopen de inzichten vrij wat uiteen. Bij Mr. W. Modderman, in *Opmerkingen en Mededeelingen*, deel XVII, vinden wij dan ook dezen uitroep van Fitting vermeld: „also nicht blosz in neuerer Zeit, sondern „schon im Römischen Recht und unter den Römischen Juristen „hat bezüglich der Confusion eine Confusion bestanden? Da „müsste man denn freilich sagen: Nomen est Omen!"

Hoe uit die confusie over confusie de juiste confusie te distilleeren? Het ligt niet in mijne bedoeling, aller meeningen na te gaan, maar reeds aanstonds wil ik mijne keuze bekend maken en de motieven daarvoor aangeven.

Het is naar mijne meening niet — wat Toullier[2]) zegt

[1]) Demolombe, XIV, n°. 716.
[2]) Toullier, t. IV, I, pag. 323 n°. 421.

— „le concours ou la réunion dans un sujet de *deux* droits, „qui se détruisent mutuellement". Dat doet ons denken aan compensatie. De terminologie van den Code, die spreekt van „deux créances", heeft daaraan zekerlijk schuld. Bij confusie is er slechts één recht, dat men desnoods actief en passief kan beschouwen, maar dat niet actief kan worden gemaakt, omdat de persoon tegen wien het zich zou moeten laten gelden, dezelfde is als die het recht bezit. Er is onmogelijkheid van uitvoering, de uitoefening van het recht is als het ware verlamd, zooals Demolombe zegt[1]): „C'est donc l'action seulement qui se trouve en quelque sorte frappée de paralysie". In de feitelijke onmogelijkheid van uitvoering zit de kern der quaestie; het te niet gaan der verbintenis is daarvan het gevolg, maar dan ook van het bestaan dier feitelijke onmogelijkheid van uitoefening onvoorwaardelijk afhankelijk. Is het niet volkomen juist, wat Demolombe zegt, dat er tusschen schuldvermenging en betaling of eenige andere wijze waardoor eene verbintenis te niet gaat een groot, een zeer groot onderscheid valt op te merken? Letten wij slechts op betaling, op novatie, op compensatie, ja op alle andere gevallen, waarvan wij niet eenmaal de kwijtschelding behoeven uit te sluiten, en telkens zullen wij zien dat in die gevallen steeds de verbintenis wordt vernietigd, 't zij dan dat dit door de toegezegde voldoening of door een aequivalent plaats vindt. Steeds zullen wij vinden, dat de schuldeischer is voldaan, dat de rechtsband wordt verbroken en tengevolge daarvan de verbintenis zelve wordt aangetast in een der hoofdvereischten van haar bestaan.

Maar hoe zeer verschilt daarvan de schuldvermenging! In het feit waaruit zij wordt geboren is geene betaling of iets dat daarvan de plaats inneemt terug te vinden.

„Il y a un fait", aldus Demolombe[2]), „il y a une impossibilité de fait par suite de laquelle l'action, que l'obliga-

---

[1]) Demolombe, ibid., no. 715.
[2]) Demolombe, l. c.

tion a produite, ne peut plus en l'état être exercée. C'est donc l'action seulement qui se trouve en quelque sorte frappée de paralysie. Ce n'est pas l'obligation qui est éteinte". Die uitspraak, die ik ten volle zoude willen onderschrijven, is evenzeer te vinden bij Laurent [1]), die tot geen andere conclusie komt en haar in deze woorden resumeert: „la confusion n'opère ses effets qu'à raison de l'impossibilité d'agir et, par conséquent, dans les limites de cette impossibilité". Eveneens bij Larombière [2]), die zich aldus uitdrukt: „Sans éteindre l'obligation dans les conditions essentielles, elle n'aboutit qu'à une impossibilité d'exécution".

Mr. Modderman, ter reeds genoemder plaatse, wil ook van deze leer niet weten en heeft getracht een leidend beginsel te vinden voor de confusie, zoowel bij zakelijke rechten als bij verbintenissen. Deze schrijver noemt als feitelijken grondslag „de vereeniging in 't zelfde rechtssubject van twee incompatibele kwaliteiten" en als haar eerste vereischte: „dat er vereeniging plaats heeft van twee bevorens afge„scheiden rechten of kwaliteiten". Hetgeen vereenigd wordt moet juridisch incompatibel zijn. Vandaar dat hij als tweede vereischte stelt: dat de vereenigde rechten of kwaliteiten *rechtens* niet nevens elkander in denzelfden persoon bestaanbaar en voor uitoefening vatbaar zijn. Over het betoog van den geleerden schrijver zal ik niet in 't breede uitweiden, te minder nu ik de bovengeschreven posita gaarne overneem. Maar ligt daarin dan het bewijs, dat onder alle meeningen over confusie, ook deze, die haren grond zoekt in de feitelijke onmogelijkheid van uitoefening, ten onrechte haar aanspraken doet gelden? In geenen deele, zoude ik meenen. In het geval toch dat de debiteur erfgenaam wordt van zijnen crediteur, zijn aanwezig de beide vereischten, door Mr. M. gesteld. Maar op mijne beurt vraag ik dan toch: waarom zijn die bevorens gescheiden kwaliteiten van debiteur en

---

1) Laurent, *Principes de Droit Civil*, 18, pag. 503.
2) Larombière, *Théorie et Pratique des Obligations*, V, 230.

crediteur *rechtens* niet in één persoon voor uitoefening vatbaar? Immers niet hierom, dat het tegendeel zou strijden met een typisch juridisch begrip, dat wij ons vóór dien tijd dienen te vormen, maar slechts om deze reden: dat het *feitelijk* onmogelijk is. In die feitelijke onmogelijkheid schuilt de rechtsgrond der confusie, en consequent volgt daaruit, dat dan ook hare werking is en blijft beperkt binnen de grenzen van eene feitelijke onmogelijkheid van uitoefening. En is dit juist, dan mag men ook niet aannemen, dat *in allen gevalle* voor zijn aandeel de schuld die de medeërfgenaam aan den boedel heeft, reeds vóór de verdeeling confusione is te niet gegaan. Immers als die schuldenaar — zooals ik meende dat de wet leerde — zal kunnen vorderen, dat het lot beslisse of die schuld zal vallen in zijn erfdeel, ja dan neen, en dat dus later eerst zal blijken of hij wordt crediteur van zich zelven, dan is vóór de verdeeling de feitelijke onmogelijkheid slechts nog voorwaardelijk, en mitsdien de werking der confusie evenzeer.

De gewone gedachtengang is deze: De erfgenamen vertegenwoordigen den erflater sedert het oogenblik, waarop deze den laatsten adem uitblies; als er dus in den boedel eene schuldvordering is groot *f* 2000, ten laste van een der medeerfgenamen, dan zijn de 4 [laten wij dit cijfer nemen] erfgenamen schuldeischers dier *f* 2000 onmiddellijk na des erflaters overlijden; één der vier nieuwe schuldeischers is echter de schuldenaar zelf, ergo: de schuldvordering gaat voor $^1/_4$ door confusie te niet. Maar daartegenover heeft dan toch ook deze redeneering recht van bestaan. De massa gaat bij het overlijden des erflaters op diens erfgenamen over, zij krijgen de goederen in onverdeelden eigendom. De boedelscheiding geeft ieder zijn afzonderlijk aandeel en — is dat geschied — dan wordt ieder erfgenaam geacht van af het overlijden van den erflater de hem nu toebedeelde goederen in uitsluitend eigendom te hebben gehad. Als dus eene vordering ten laste van den erfgenaam A. bij de boedelscheiding wordt toebedeeld aan den erfgenaam B., dan wordt B.

geacht sedert des erflaters dood van die vordering eigenaar te zijn geweest. Van „impossibilité d'agir" is dan geen sprake, en mitsdien geen ruimte voor eenige werking der confusie, terwijl zij voor 't volle bedrag zal werken, indien de schuldvordering aan den debiteur-erfgenaam is toebedeeld geworden. Tot een dezer twee uitersten moet men geraken, zoo dikwijls de schuldenaar-erfgenaam door het lot wil laten beslissen, in wiens aandeel de schuldvordering zal vallen. De wet zegt wel is waar dat schuldvermenging plaats vindt *van rechtswege*, maar ook voor zoodanige werking moet eerst vaststaan, dat de kwaliteiten van schuldeischer en schuldenaar zich in één persoon hebben vereenigd.

Dit resultaat, waartoe eene nadere kennismaking met de wet en eene nadere vaststelling van het begrip der confusie mij bracht, wordt — ik zal het niet ontkennen — zelfs niet bij hen aangetroffen, die in de „impossibilité d'agir" den rechtsgrond der confusie zien. Zelfs Laurent, die telkens en telkens weer herhaalt, dat binnen de grenzen dier onmogelijkheid van uitoefening de werking der schuldvermenging beperkt moet worden, wil althans in evenredigheid van des schuldenaars erfdeel de schuld te niet doen gaan. Maar waarom? Die vraag vind ik bij geen hunner tot klaarheid gebracht, ja, wat sterker is, niet eenmaal behandeld. Kan ook de oorzaak hierin liggen, dat in het Fransche recht de schulden moesten worden ingebracht en dus vóór de boedelscheiding verrekend moesten worden? De gissing laat zich maken. Immers — waar dat het geval is — moeten wij een te niet gaan der vordering in evenredigheid van het erfdeel van den schuldenaar-erfgenaam wel aannemen. Maar waarom dit aan te nemen naar ons Nederlandsch recht, dat inbreng van schulden niet voorschrijft? Die vraag blijf ik doen, omdat — als het waar is, zooals ik meen te hebben aangetoond, dat de medeërfgenaam B. ten gevolge der boedelscheiding *kan* worden eigenaar der vordering ten laste van zijnen medeërfgenaam — de wet dien B. wil hebben aangemerkt als altijd eigenaar dier vordering te zijn geweest.

In die beschouwing blijft voor de werking der confusie, zooals ik haar meende te moeten vaststellen, geen plaats. Ik geef gaarne toe, dat het den erfgenaam, die geld schuldig is aan den erflater, volkomen naar den zin zal zijn, wanneer men hem zijne vordering toebedeelt, waardoor hij zich tegen latere aanmaningen vrijwaart. Die toebedeeling wijst zich als van zelve aan. Volkomen waar. Maar iets anders is het, de vraag te beantwoorden: welke rechten de schuldenaar-erfgenaam ten opzichte van de betaling zijner schuld *kan* doen gelden en welke gevolgen het gebruik maken van dat recht zal hebben. Met het oog op het faillissement van den debiteur-erfgenaam meende ik het antwoord op die vraag te moeten zoeken, zonder genoegen te nemen met wat in normale gevallen gebeurt. Hij *kan* een recht doen gelden; verkeert hij in staat van faillissement, dan wordt echter het gebruik maken van dat recht voor hem eene onafwijsbare verplichting.

Alvorens die laatste uitspraak te motiveeren, wil ik nog stilstaan bij die soort van schulden, die, volgens de eigen verklaring van den schuldenaar, in mindering van zijn erfdeel zullen strekken. Zoodanige schuldbekentenissen komen uit den aard der zaak zeer dikwijls voor. 't Zijn als het ware rentelooze voorschotten, die, dank zij hunne kwalificatie van „ter leen ontvangen gelden", als schulden en niet als giften, die moeten worden ingebracht, beschouwd dienen te worden. Verwerpt de erfgenaam, die zoodanige schuldbekentenis heeft afgegeven, de nalatenschap, dan zal hij toch m. i. wel degelijk die gelden moeten opbrengen, hetgeen — indien wij hier met inbreng hadden te doen — juist niet het geval zoude zijn. Bij die schulden echter kan den debiteur-erfgenaam de vordering worden toebedeeld. Immers tegenover den erflater en diens rechtverkrijgenden, ja — ter wille van die laatsten vooral — heeft de schuldenaar zich daartoe verbonden, en de schuld zal, nu er geheele onmogelijkheid van uitoefening is, confusione ook geheel te niet gaan. Althans, wanneer de schuldenaar-erfgenaam niet

in staat van faillissement verkeert; want, is dit het geval, dan zal ook op de betaling dezer schulden, zooals wij aanstonds zullen zien, die toestand zijn invloed uitoefenen.

Laten wij thans nagaan, in hoeverre de omstandigheid *dat de debiteur-erfgenaam, nadat de nalatenschap is opengevallen en vóór dat zij verdeeld wordt, in staat van faillissement is verklaard*, haar invloed uitoefent op de betaling zijner schulden aan de nalatenschap. De opmerking ga daaraan vooraf, dat, nu tengevolge van dat faillissement elke schuld opeischbaar is geworden, de medeërfgenamen steeds de bevoegdheid hebben om — alvorens tot scheiding en deeling over te gaan — zich als schuldeischers in het faillissement van hunnen gefailleerden medeërfgenaam te laten verifiëeren voor zoodanig bedrag als met hunne erfdeelen in evenredigheid zal staan, en dat, waar zulks geschiedt, de beschouwingen, die hier volgen, hare toepasselijkheid zullen missen.

Maar indien zij tot zoodanige maatregelen, om welke reden dan ook, niet kunnen of niet wenschen over te gaan en dus de vraag wordt gesteld, aan wien der codividenten de bewuste vordering zal worden toegescheiden, dan zal — zoowel voor het geval dat de schuldvordering *niet*, als voor dat, waarin zij *wel* gewag maakt van eene betaling in mindering van erfdeel — de curator niet mogen gedoogen, dat men handelt, zooals we zagen dat in normale gevallen geschiedt; hij zal niet mogen dulden, dat hem in zijne kwaliteit die vordering worde toegescheiden.

Ware hier geen faillissement, dan had de debiteur-erfgenaam, zooals wij zagen, de keuze om òf zich die schuldvordering te laten toescheiden òf aan het lot de uitspraak over te laten. Dit laatste zal hij echter wel niet wenschen. Maar is hij gefailleerd, en hier komen wij eigenaardigerwijze tot eene zelfde conclusie als bij den inbreng, dan heeft hij verloren zijn recht van keuze, dan *moet* hij het lot laten beslissen. Is de uitslag van dien aard, dat de schuldvordering in zijn erfdeel valt, welnu dan gaat zij wel is waar door confusie geheel te niet, maar is elke gedachte aan opzettelijke

verkorting van de rechten zijner schuldeischers uitgesloten. En dit laatste is in dit geval een gebiedend vereischte. Immers de medeërfgenamen, crediteuren van den failliet, staan thans op hunne beurt onder den druk van een beginsel van gelijkheid, de *par conditio creditorum*, die hier, waar het geen *inbreng* maar *schuld* betreft, even sterk op den voorgrond treedt, als wij zulks vroeger van de *par conditio heredum* zagen.

Prof. Hamaker, t. a. p., die ook de schulden wil laten inbrengen, geeft voor het geval van faillissement deze oplossing: Inbreng — en dan ook ten volle — waar het geldt erfgenamen in de nederdalende lijn. In dit geval wordt dus de schuld voor 't volle bedrag toegescheiden, zelfs al is zij door den erflater kwijtgescholden en zelfs al is zij indertijd ingevolge een gehomologeerd accoord met 10°/₀ finaal betaald, voor 90°/₀. In de andere gevallen, waarin, zooals wij zagen, de hoogleeraar de voldoening en verrekening beschouwt als gegrond in eene verplichting tot betaling, staat zij dan ook onder den druk van het gemeene recht en moet de *par conditio* geëerbiedigd blijven.

Ik zal niet in herhaling treden en slechts vermelden, dat ik mij voor die wetsuitlegging niet kan laten vinden, zelfs als het waar is, dat wij zoodoende „slechts uit elkander „rafelen wat door den wetgever niet opzettelijk maar tengevolge van gemis aan beter inzicht is dooreengestrengeld". Wie van meening is, dat schulden moeten worden ingebracht in den engen zin van het woord, niet omdat er betaald moet worden, maar omdat er zonder contrapraestatie genoten en niet teruggegeven is, die moet, naar mijne bescheiden meening, ook de consequentie niet verwerpen, en dit deed de hoogleeraar dan ook niet in zijn eerste betoog, dat dan ook die inbreng staat buiten den invloed van het faillissement van dien erfgenaam, wiens crediteuren alleen daardoor worden getroffen. Wie daarentegen in het voorschrift van voldoening en verrekening der schulden door den schuldenaar-erfgenaam alleen het eenvoudig uitvloeisel ziet van de verplichting om terug te betalen aan den schuldeischer wat van hem is ge-

leend, die zal, in cas van faillissement van dien schuldenaar-erfgenaam, de betaling dier schuld ook niet anders willen dan .... op dezelfde wijze als die van alle andere schulden, die evenmin als de onderwerpelijke door pand of hypotheek zijn verzekerd, noch door de wet bevoorrecht zijn verklaard, en ook zonder nader betoog de stelling wel mede onderschrijven, dat zijne medeërfgenamen dan ook staan onder den druk der *par conditio*, die voor alle overige crediteuren geldt [1]).

Die crediteuren van den gefailleerde hebben gelijkelijk recht op het aandeel in de nalatenschap en dat aandeel mag niet vooraf verminderd worden met deze schuld, die ook evenmin door confusie voor het aandeel van den debiteur-erfgenaam te niet gaat. Zij wordt door het lot aan een der erfgenamen toegewezen en gaat — al naar gelang dier toewijzing — òf geheel door schuldvermenging te niet òf blijft aan de werking daarvan ten eenenmale vreemd. Geschiedt dit laatste, dan moeten de medeërfgenamen dengene wien deze vordering is toegescheiden, vrijwaren en zal deze laatste, mits tijdig zorgende voor de uitoefening zijner rechten, ten slotte in niet meerderen omvang dan zijne medeërfgenamen de nadeelen dezer vordering ondervinden, terwijl de crediteuren van den faillieten boedel, waaronder de mede-erfgenaam, eigenaar der schuldvordering, allen gelijkelijk en met ééne maat worden gemeten; zij krijgen in denzelfden omvang betaling hunner vorderingen, die immers, voor zooverre zij concurrent zijn, daarop ook slechts in gelijke mate aanspraak kunnen maken. Niet anders zal het zijn, wanneer in de schuldbekentenis voorkomt de reeds besproken clausule, dat zij zal strekken in mindering van erfdeel. Ware er geen faillissement dan zoude, zooals wij zagen, de vordering hem mogen worden toegewezen en zoude de debiteur zich daartegen niet mogen

[1]) Zoo besliste de Arr. Rechtbank van Winschoten den 14 September 1888, *W. v. h. N. en R.* no. 997, „dat de medeërfgenamen niet kunnen vorderen, dat de inschulden des erflaters ten laste van een deelgenoot, die in staat van kennelijk onvermogen verkeert, voor het volle bedrag in mindering van het aandeel van dien deelgenoot zullen worden gebracht".

verzetten. Thans moet dat recht der medeërfgenamen evenzeer wijken voor de ook hen treffende paritas creditorum, want — gaf men hun het recht om hem die vordering toe te scheiden, dan zouden zij genieten een privilege, uitsluitend ontleend aan den wil der partijen, maar niet steunend op de wet, zijn noodzakelijk fundament, zoodra het beginsel van pariteit van kracht is. Ook hier zal m. i. het lot moeten beslissen en, heeft men daaraan de beslissing toegekend, dan is de uitslag beveiligd tegen het verwijt, dat opzettelijk zouden zijn verkort de rechten van wien dan ook.

Uit het bovenstaande moge zijn gebleken, dat de curator met betrekking tot de schuldvorderingen, die ten laste van den gefailleerde in de nalatenschap worden gevonden, op zijne beurt niet bij de medeërfgenamen behoeft te komen, maar thans hen kan afwachten in zijnen boedel. De paritas creditorum maakt het nu op hare beurt hem gemakkelijk en zij is immers — zooals Mr. de Marez Oyens het zegt — de zuil, waarop het gansche instituut van het faillietenrecht berust.

Het was mijn doel, het een en ander mede te deelen over inbreng van gelden en betaling van schulden door den erfgenaam, dien ik, om de kleuren wat sprekender te maken, liet verkeeren in staat van faillissement. Zoodoende ontmoette ik op mijnen weg twee verschillende beginsels: de *paritas heredum* en de *paritas creditorum*. Dit laatste werd door Mr. de Marez Oyens de zuil genoemd, waarop het faillietenrecht steunt; de eerste mag ik zeker wel noemen de zuil, waarop het inbrenginstituut rust. Is met dat al daarop mijn betoog stevig genoeg gebouwd, zoo dat het zich kan staande houden tegen elke inwerking van buiten? Die beslissing staat niet aan mij; maar wel mag mijnerzijds deze wensch worden geuit, dat het in allen gevalle niet bij de eerste beproeving zal instorten als het kaartenhuis van den spelenden knaap.

WETGEVING.

HET TRUCK-ONTWERP,

DOOR

P. L. TAK.

Door rechtsgeleerden zijn, zoowel in de afdeelingen der Tweede Kamer als daarbuiten, tegen het wetsontwerp, „houdende bepalingen tot waarborging van de vrije beschikking door werklieden over hun verdiend loon", dat den 15en Mei jl. door de Regeering werd ingediend, twee bezwaren van formeelen aard opgeworpen.

Het eerste gold de regeling der stof bij afzonderlijk wetsontwerp. De vrienden van het betere drongen aan op regeling van het geheele arbeidscontract, hetzij dan in het Burgerlijk Wetboek, hetzij in de fameuze „wet op den arbeid", die sedert vijftien jaren, zoo ongedacht en ongeschreven als zij moge zijn, den roem moet bevestigen van een onzer politieke publicisten. In ernst is dit zoogenaamde bezwaar niet anders te beschouwen dan als eene dilatoire exceptie. Noch het Wetboek op den arbeid, noch de herziening van het Burgerlijk Wetboek zijn binnen licht te berekenen tijd te verwachten, en partiëele regeling van nieuwe of pas ontdekte onderwerpen blijft, ook bij het strengste stelsel van codificatie, onvermijdelijk.

Het andere bezwaar is van zuiver dogmatischen aard. Het is een „erkend deugdelijk beginsel" — zegt het Voorloopig Verslag — dat de nakoming van burgerlijke overeenkomsten alleen in zeer exceptioneele gevallen door strafbepalingen behoort te worden verzekerd, en het heeft verscheidene leden bevreemd, dat de Minister van Justitie zoo gemakkelijk van

dat beginsel is afgeweken. Zooals het beginsel daar staat, schijnt het door den tand des tijds al wat geleden te hebben. Oorspronkelijk moet het dogma eene absolute scheiding van burgerlijk recht en strafrecht hebben voorgeschreven, en de „zeer exceptioneele gevallen" zijn er wel bijgevoegd om het dogma te redden, toen het niet bestand bleek tegen eischen door de maatschappij aan den wetgever gesteld. De maker van dit „erkend, deugdelijk beginsel" in zijn hedendaagschen vorm, volgde het geniale voorbeeld van den, naar ik meen onbekenden, in verlegenheid gebrachten dogmaticus, die het dicton vond: „de uitzondering bevestigt den regel", dat in zijn brutale onwaarheid als een nieuw schoolboek aan eene algemeen gevoelde behoefte voldeed, en geslacht na geslacht diende ter bepleistering van aan het dogmatisme toegebrachte wonden.

De wijze waarop de tegenwoordige Minister van Justitie de onlangs aangenomen regeling van den arbeidstijd van jeugdige personen en vrouwen heeft toegelicht en verdedigd, geeft, evenmin als de toelichting van het Ontwerp dat ons thans bezig houdt, eenige verwachting, dat hij zich tot een uitvoerig theoretisch debat zal laten verleiden. Evenmin over de genoemde scheiding van civiel- en strafrecht, als over de stellingen van sommige leden, dat verbetering veeleer is te wachten van de „onbelemmerde werking der maatschappelijke krachten", en dat de verkeerdheden door den „natuurlijken loop der dingen" vanzelf, gaandeweg, zullen verdwijnen.

Twee redenen vond ik, die den Minister tot deze soberheid kunnen nopen. Het is in de eerste plaats begrijpelijk, dat hij bij den beperkten tijd, die voor wetgevenden arbeid beschikbaar is, en de bekende breedsprakigheid der Kamers, geen voedsel wil geven aan debatten die hem zouden leiden tot uitvoerig betoog, dat de Staat een en ander door wetgeving moet doen tot regeling der arbeidsverhoudingen. Voor hem moet zoodanige arbeid gelijkstaan met het intrappen eener reeds geopende deur, eene overtollige handeling, waarbij de toeschouwer van meesmuilen moeilijk zich kan onthou-

den; en het is niet te verwonderen dat de Minister meent, zich buiten noodzakelijkheid niet daaraan te moeten blootstellen.

Er is nog eene andere reden denkbaar, van grootere beteekenis. Een betoog aangaande den plicht van den Staat tegenover de arbeidsverhoudingen zou noodzakelijk tot grondslag moeten hebben niet alleen de kennis, maar ook de appreciatie dier verhoudingen. En op dezen weg zou men, redeneerende, verder komen dan de Minister, blijkens zijne voordrachten, gaan wil. Om een voorbeeld te noemen. Indien physiologisch en sociologisch, na nauwkeurig onderzoek en officiëel, was vastgesteld, welken invloed de fabrieksarbeid bij de door het loon bepaalde voeding, kleeding en woning, in elk vak uitoefent op de gemiddelde en zwakkere constituties van vrouwen en kinderen, op hun gezondheids- en levenskans, op diezelfde kansen van hunne nakomelingschap, op hunne verstandelijke en zedelijke vorming; indien bleek dat die invloed een ongunstige is, die nawerkt in de gezinnen en in de door die gezinnen gevormde maatschappij, en de Minister op die toestanden zijne overtuiging toepaste, dat de zwakken tegenover de sterkeren aanspraak hebben op de bescherming van den Staat, dan zou een smal wetje als dat van het laatste voorjaar in zoo blijkbare onevenredigheid zijn met de breedheid zijner onderzoekingen en redeneeringen, dat hij zijns ondanks verder dan het vooraf gestelde eindpunt zou worden gedreven. Wie dus, zooals wij van dezen Minister mogen onderstellen, overtuigd is, dat het gestel der maatschappij eene radicale behandeling harer booze zweren niet of nog niet kan verdragen, dat ruime en diepe incisies haar meer bloed zouden kosten dan zij missen kan, die beproeft het voorloopig met een warme pap, diëet en rust. Rust vooral.

Het euvel, waartegen de Minister thans den strijd wil aanbinden, is oud en zijne geschiedenis zal waarschijnlijk bij ons te lande niet gemakkelijk zijn na te sporen. In Engeland dagteekent de eerste wet tegen *truck*, d. i. tegen de rui-

ling van arbeid tegen waren, uit de regeering van Eduard IV. Zij werd afgekondigd in 1464 en bedreigde straf tegen de lakenwevers, die hunne arbeiders betaalden in spelden, gordels en andere *„enprofitables merchandises“*, of hun de wol, die zij thuis moesten weven, te zwaar toewogen. Na St. Pieter van het genoemde jaar werden de werkgevers verplicht aan de arbeiders *„loiall moneie pur toutz lour loialx gages“* te betalen en hun niet meer dan het juiste gewicht der ruwe wol toe te rekenen, op verbeurte van driemaal het loon, als boete te betalen aan den arbeider. Menigmaal werd in den loop der tijden deze wet aangevuld, en werden ook voor andere vakken verbodsbepalingen uitgevaardigd, zoodat de wet van 1887 de 21e Engelsche Truckwet is.

Ook in België, dat zich sedert kort in eene wettelijke regeling van deze stof verheugt, zijn reeds onder het Oostenrijksch bestuur meermalen maatregelen ter bescherming der arbeiders afgekondigd. De uitwerking schijnt echter gering te zijn geweest. Onder Maria Theresia werd den arbeiders verboden voor het loon iets anders dan baar geld aan te nemen; terwijl zij die wegens het gehoorzamen aan dit gebod uit den dienst werden ontslagen, van den vroegeren werkgever levensonderhoud konden eischen. Met de Fransche revolutie verdwenen deze voorschriften zonder een spoor na te laten. De Belgische arbeidsenquête van 1886/87 bracht dan ook ergerlijke toestanden aan het licht. Enkele aanhalingen mogen volstaan om een indruk te geven.

„De burgemeester van Termonde verklaarde, dat te Zele tot zulk een bedrag in waren aan de arbeiders werd betaald, dat zij naar de stad plachten te gaan om de goederen in de Bank van Leening te brengen.“

„In de kolenmijn te Escouffiaux heeft de schoonmoeder van den directeur eene brouwerij en een jeneverhandel; twee andere nabestaanden verkoopen kruidenierswaren en manufacturen. Ook de moeder van den onderdirecteur drijft een winkel. Dit alles: verkoop van bier, jenever, kruidenierswaren, enz. gedijt onder de bescherming der mijnonderneming.“

„Waarom drinken zoo velen der Gentsche dokwerkers? Omdat alle werkgevers tevens herbergiers zijn. Het is aan iedereen verboden in de pakhuizen te komen, doch de vrouwen die in de herbergen bedienen, komen nu en dan kijken of wij niet iets noodig hebben. Men betaalt ons in de herberg, en wij moeten altijd op ons geld wachten. De vermoeide arbeider neemt een glaasje, dan een tweede, en geraakt geleidelijk aan den drank. Men moest aan werkgevers het houden van herbergen verbieden."

Zoo sprak een werkman. Een fabrikant uit Lokeren zeide: „De mannen verdienen bij mij fr. 15 à 20 in de week en moeten voor één derde van het loon inkoopen doen bij mijne dochter. De vrouwen verdienen fr. 8 à 10 en moeten voor één vierde koopen. Ik dwing niemand om bij mij te werken; ik kan werklui krijgen zooveel als ik verlang."

De heer Morisseaux, die het rapport omtrent dit onderdeel der enquête opstelde, berekende dat voor de geweerloopmakers de verplichting om bij hun patroon inkoopen te doen, gelijkstond met een verlies van 20°/₀ van het loon. En niet alleen dat de arbeider duurder koopen moet, hij ziet zich ook genoodzaakt, zijne uitgaven zoo in te richten als het den winkelhoudenden patroon te pas komt. Is deze herbergier, dan komt het er op aan eene behoorlijke hoeveelheid bier en jenever te koopen; verkoopt hij manufacturen of kruidenierswaren, dan moet het weekloon vooral voor kleederen, koffie en suiker worden aangesproken. De arbeider — zegt de rapporteur — „is aan handen en voeten door den werkgever gebonden; deze beschikt over het lot van den arbeider naar het hem goeddunkt, besteelt hem en ontziet zich zelfs niet, beneden den marktprijs van hem waren terug te koopen, die hij zelf hem boven den marktprijs leverde".

Het verslag der Engelsche enquête-commissie van 1871 geeft niet minder sprekende voorbeelden om het karakter dezer knevelarijen te bepalen.

Vooral in Zuid-Wales is het stelsel van den winkeldwang zeer ontwikkeld, eene omstandigheid door de rapporteurs

hoofdzakelijk geweten aan de lange tusschenpoozen der loonsbetaling. „Winkeldwang begint in den regel, als de werkman voorschot op zijn loon moet nemen. Deze werklieden vormen de klasse die den „compagnieswinkel“ in stand houdt. De roekelooze, de zwakke en de dronkaard behooren er toe, maar niet zij alleen. Groote gezinnen, ziekte, kwade tijden, ongelukken doen hun aantal vermeerderen. Zooals een der getuigen opmerkte, kan een man met zeven of acht kinderen het geen veertien dagen of drie weken uithouden zonder geld of levensmiddelen. De man die loon te goed heeft, kan, tenzij hij diep in schulden zit, in den regel voorschot erlangen. Maar, behalve in bijzondere gevallen van ziekte of ongeluk, krijgt hij het slechts onder de gezwegen, doch begrepen voorwaarde, dat een groot deel er van in den winkel wordt besteed. Twee of drie shillings wordt hem in den regel in contanten gelaten“. In den winkel wordt nauwkeurig contrôle gehouden, en wie zich naar de voorwaarde niet voegt, verbeurt zijn kans op voorschot in de toekomst. Het aldus voor deze winkels in het leven geroepen monopolie verdrijft de concurrenten, en stelt den werkgever in staat hoogere prijzen te bedingen. Over de qualiteit der waren wordt in het algemeen niet geklaagd.

Zeer belangrijk is wat het rapport zegt omtrent de uitwerking van dit systeem op de arbeiders. Zij hebben bijna nooit geld in hun bezit. Een werkman van Blaenavon getuigde, dat er arbeiders waren, die in het gansche jaar geen penny in handen kregen, behalve gedurende den tijd, dat zij het voorgeschoten geld naar den nabij gelegen winkel overdroegen. Het gevolg is, dat zij in den winkel goederen koopen, die zij niet noodig hebben, en deze met verlies weder verkoopen voor drank. Dikwerf worden bons van de winkels op deze wijze verhandeld. Het verlies bedraagt in den regel 20 à 25 percent. Schoenmakers en andere leveranciers worden met levensmiddelen betaald. Tabak is in sommige districten het ruilmiddel geworden. Ongeopende pakjes tabak, in den winkel gekocht, gaan van hand tot hand, om

eindelijk weer in den winkel tot lagen prijs te worden ingewisseld. Een herberg te Cwmbran ligt tusschen eene kolenmijn, waar betaling met lange tusschenpoozen en de compagnieswinkel in zwang zijn, en eene fabriek waar geregeld elke week het loon wordt uitbetaald. De werklui van de mijn betalen hun borrel met pakjes tabak, die hun in den compagnieswinkel 8 pence kosten, en de herbergier slijt deze zelfde tabak aan de van contanten voorziene arbeiders der fabriek, die ze met 6 pence betalen. Een winkelier te Ebbw Vale, die de tabak voor contant geld placht op te koopen, betaalde een shilling voor het pond, dat in den compagnieswinkel den werklieden voor 1 *s.* 4 werd toegerekend; maar hij werd met tabak zoo overstroomd, dat hij den koopprijs eerst tot 11 en toen tot 10 pence moest verminderen. Hij zette de tabak tegen 1 *s.* contant geld weer af.

Het laat zich verstaan, dat het voorschot- en winkelsysteem niet de eenige reden is, dat deze menschen hun gansche leven in schulden zijn. Velen zullen hun toestand voor een deel aan eigen schuld of aan ongelukken buiten hun schuld te wijten hebben. Maar het heerschende systeem bevordert niet weinig het gebrek aan voorzorg en de verarming der werklieden. De fabrikanten behalen in den regel uit de winkels eene schoone winst: zij innen het bedrag voor het gekochte nagenoeg contant en hebben geene kwade posten, terwijl het hun geene moeite kost voor hunne inslagen een crediet van twee, drie of vier maanden te verkrijgen. In den regel is — en welke winkelier zal hun dit niet benijden? — het goed verkocht en betaald, als de wissel van den groothandelaar wordt aangeboden.

Het zou den arbeider weinig schaden, dat de patroon een winkel houdt, indien hij van dien patroon niet afhankelijk was. Wordt die afhankelijkheid grooter en in hare gevolgen schadelijker door de loonsbetaling met lange tusschenpoozen en het daardoor onvermijdelijke stelsel van voorschotten, zij bestaat ook om menige andere reden, waarvan het groote aanbod van arbeidskrachten in de meeste vakken wel de

voornaamste is. De truck-misbruiken zijn in hunne oorzaken slechts te bestrijden door maatregelen, welke aan deze afhankelijkheid een einde maken. Zoolang echter eene zoo afdoende oplossing van het arbeidersvraagstuk op zich laat wachten, en het einde der dagen van afwachting nog niet te zien is, ligt het op den weg des wetgevers, de kwade gevolgen van den algemeenen toestand, zoover dit gaat, te temperen.

„Zoover dit gaat." Deze reserve moet vooral bij het onderwerp van den winkeldwang en wat daaraan vast is, worden gemaakt. Want de invloed wordt op zoovele wijzen en langs zoovele omwegen uitgeoefend, dat eene wet die in alle gevallen voorziet, niet is te maken, althans nog niet is gemaakt. Men moet voorloopig zich met het bereikbare tevreden stellen, maar dat dan ook in zijn vollen omvang grijpen. Wij zullen te onderzoeken hebben, of dit in het Nederlandsche Ontwerp is geschied.

Het is verwonderlijk, hoe lang de openbare meening de grofste misbruiken kan verduren, als zij er aan gewend is, en hoe zij — eens gewekt uit den slaap — zich nog eens goed de oogen moet uitwrijven, eer zij ziet wat in hare naaste omgeving gebeurt en zich daarover een oordeel vormt. De Minister geeft in zijne Memorie van Toelichting eene opsomming van knevelarijen, die in nagenoeg alle provinciën van ons land onder het oog van alle welmeenende menschen en couranten plaats grepen, en waaraan niemand aanstoot schijnt genomen te hebben, eer de zich verheffende arbeidersbeweging samenviel met de tot een uiterste gekomen armoede in de veenstreken van Drente en Friesland. Uit de vele oorzaken, die den diep ellendigen toestand dier bevolking hebben veroorzaakt, was de winkeldwang eene die gemakkelijk te constateeren en licht te begrijpen was. Eene discussie in de Tweede Kamer en het Ontwerp van den heer Domela Nieuwenhuis brachten de zaak aan de orde, en in een ommezien kwam gansch Nederland tot de wetenschap, dat

er zoo iets als *truck* binnen de landsgrenzen bestaat, en tot de overtuiging dat dit eigenlijk een schandaal is. Het Ontwerp van den heer Nieuwenhuis bleek wel gebrekkig en tegen de critiek niet bestand, maar ieder die er wat over te zeggen had, erkende tevens dat er iets tegen het kwaad moest gedaan worden. Trotsch en in zijn volle kracht stond daar het Nederlandsche volk, zich den rijkdom bewust van eene nu eens niet-theologische overtuiging.

Het verdient, vooral na hetgeen in het politieke Nederland is beleefd, hooge waardeering, dat de Minister van Justitie onmiddellijk van het gunstige oogenblik heeft gebruik gemaakt om een Ontwerp in te dienen, en het is niet zijne schuld, dat het Voorloopig Verslag over het Ontwerp van 15 Mei zich deed wachten tot 27 September. Het opstellen der Memorie van Antwoord ondervindt waarschijnlijk vertraging, omdat de Minister op de vraag der Afdeelingen eenige mededeelingen wil geven omtrent de werking der buitenlandsche wetgevingen. De vraag is wel wat nuchter. Indien de Kamerleden de Engelsche enquête-verslagen willen inzien, zullen zij alle mogelijke gegevens vergaard vinden om tot de ervaring te komen, dat elke wetgeving in deze materie gebrekkig moet blijven, dat men de slimste middelen vindt om haar te ontduiken, maar dat eene zoo goed mogelijke wetgeving, die waarborgen geeft voor de strenge uitvoering harer voorschriften, de ergerlijkste misbruiken op den langen duur kan helpen beteugelen [1]).

---

[1]) Er zijn in Engeland drie verslagen uitgekomen, waarin de stof uitnemend is behandeld:

1871. *Report of the Commissioners appointed to inquire into The Truck System together with Minutes of Evidence.* Vol. I: *Report*, *Schedules and Supplement*, 3 *s.* — Vol. II: *Minutes of Evidence*, 9 *s.* 6. Het onderzoek omvat de voornaamste steenkool- en ijzerdistricten van Schotland, Zuid-Wales met Monmouthshire, Gloucestershire, Zuid-Staffordshire en Worcestershire, mitsgaders de kousen-, spijker- en uurwerkindustrie in eenige andere graafschappen.

1872. *Second Report of the Commissioners etc.* Vol. I: *Report and Appendix*, 10*d.* – Vol. II: *Minutes of Evidence*, 5 *s.* — Dit bevat een on-

De Minister heeft na zijne toezegging in de Kamer, dat hij zou onderzoeken of de misbruiken van den winkeldwang voor wettelijke voorziening vatbaar waren, niet gewacht op de enquête, die trouwens nog genoeg werk zal vinden. Evenals hij deskundigen aan het werk zette om de gevaren na te gaan, die den arbeiders dreigen door de inrichting van fabrieksgebouwen en machinerieën, droeg hij een onderzoek naar de truck-euvelen op aan de gemeentebesturen, zoodat de tijd tusschen de beide enquêtes voor de arbeidswetgeving niet is verloren gegaan. Tegen de waarde van zoodanig administratief onderzoek, niet vergezeld door een contradictoir verhoor van de betrokken partijen, is wel een en ander in te brengen. Veel hangt af van de persoonlijke inzichten der rapporteerende ambtenaren en colleges, en daar noch de industriëele instellingen, noch de plaatsen waar zij zich bevinden, met name zijn genoemd, is de juistheid dier inzichten niet te toetsen aan de critiek der belanghebbenden. Deze bedenkingen behoeven echter, waar het slechts noodig is hoofdzaken te constateeren, niet al te zwaar te wegen, en buitendien is ieder werkgever, die zich door de bepalingen van het Ontwerp verongelijkt acht, in de gelegenheid, openlijk rekenschap van zijne handelingen te geven en zoowel de openbare meening als de Kamers voor te lichten.

Slechts kortelijk worde hier geresumeerd wat den Minister uit de rapporten is gebleken omtrent vier misbruiken, die behooren tot den kring, dien men met het woord *truck* pleegt aan te duiden.

A. Uitbetaling van loon in anderen vorm dan Nederlandsch geld.

Deze komt voor, wat de betaling in vreemde munt be-

derzoek door den heer Guthrie ingesteld op de Shetland-eilanden, waar de *truck* onder zeer bijzondere omstandigheden het gansche maatschappelijk verkeer beheerscht.

1887. *Report of* Alexander Redgrave Esq. C. B., H. M. Chief Inspector of Factories, *upon The Truck System in Scotland*, $2^1/_2$*d.*

Het eerste en derde dezer rapporten zijn gedrukt bij Eyre & Spottiswoode te Londen, het tweede bij Murray & Gibb te Edinburgh.

treft, langs de gansche landgrens, behalve in Noord-Brabant. Het euvel is, dat den werkman het vreemde geld tegen hoogeren koers wordt berekend dan hij er bij het aanschaffen van benoodigdheden voor bedingen kan.

Een tweede vorm is betaling van het arbeidsloon geheel of ten deele in natura, als vrije woning, gebruik van grond, kost en inwoning, levensmiddelen, kleedingstoffen, brandstof, gereedschappen, paardenwerk, enz. Deze is, naar de Memorie van Toelichting, in vele gevallen in het voordeel van den arbeider. Meermalen is echter het tegendeel het geval. Zoo in de veenderijen, waar de huurboeren het werkvolk betalen met door hen zelven op crediet gekochte waren; zoo wanneer winkeliers-werkgevers de waren die zij in betaling geven, duurder doen gelden dan de prijs voor particulieren is, of in mindere qualiteit voordeel zoeken, wat in een aantal werkvakken en in bijna alle provinciën voorkomt; zoo waar betaald wordt in bons op aangewezen winkels en de waren duurder worden berekend dan gewoonlijk, terwijl de fabrikant door wederdienst van den winkelier in eenig opzicht van die wijze van betaling voordeel heeft.

B. Ongeregelde uitbetaling.

Deze komt vrij algemeen voor in de veenderijen, voorts bij landbouw-arbeiders in Drente en Limburg, op eenige scheepstimmerwerven in Zuid-Holland, in de Limburgsche mijnondernemingen en waar op het stuk wordt gewerkt. Betaling op ongeregelde tijdstippen of met lange tusschenpoozen belemmert de vrijheid van den werkman, kan hem leiden zoowel tot verkwisting als tot koopen op crediet, beide voor hem nadeelig. Betaling behoort, ook bij stukwerk, niet langer te worden uitgesteld dan noodig is, en kan in de meeste bedrijven zeer goed elke week geschieden.

C. Verkoop op crediet.

De Minister wijst op de goede resultaten van vele winkelvereenigingen. Er wordt echter nog veel op crediet gekocht, vooral door de zeevisschers in Noord-Holland en de veenarbeiders. Bij beiden hangt dit samen met de zeer

ongeregelde uitbetaling van het loon. Zoowel voor den arbeider als voor den crediteur is deze wijze van koopen nadeelig. Het is onjuist gebleken, dat de laatste zich tegen kwade posten zou trachten te dekken door hoogere prijzen te eischen. De werkman kan door het op crediet koopen verleid worden tot het aanschaffen van dingen die hij niet noodig heeft, en komt er door in eene afhankelijkheid, die hem de contrôle op gewicht, qualiteit, enz. ontneemt. Het dikwerf voorkomend tijdelijk onvermogen van den werkman maakt echter het crediet voor hem onmisbaar en verbod zou meer kwaad dan goed stichten.

D. Dwang om in bepaalde winkels te koopen.

Deze dwang wordt uitgeoefend zijdelings en rechtstreeks. Rechtstreeksche dwang bestaat door uitdrukkelijk voorschrift in het dienstcontract en ontslag bij niet-nakoming. In Friesland en Zeeland zijn de aanwervers van werkvolk, de koppelbazen, veelal winkeliers, die de werklieden dwingen in hun winkel te koopen. De winkeliers-eigenaars van huizen gebruiken meermalen uitzetting uit de woning als middel van dwang. In tal van bedrijven treft de werkgever die zelf geen winkel houdt, met een winkelier eene overeenkomst. Ook wordt dwang uitgeoefend tot vertering in zekere localiteiten, door daar het loon uit te betalen.

Deze dwang, door den werkgever in den regel tot eigen voordeel uitgeoefend, veroorzaakt den arbeider materiëele schade door hem te belemmeren in de keuze om zoo goedkoop en zoo goed mogelijk te koopen. De artikelen worden soms veel te duur berekend en zijn hier en daar van te geringe hoedanigheid naar den prijs. De dwang wekt een dikwerf gerechtvaardigden argwaan tegen den patroon; de betaling door korting op het loon vermeerdert de afhankelijkheid des arbeiders. —

Dit kort overzicht moge volstaan om het geheugen van den lezer op te frisschen. Het kwam mij onnoodig voor, het uitvoeriger te maken, niet omdat het een volledigen indruk van des Ministers mededeelingen geeft, maar omdat

ik onderstellen mag, dat de lezers van dit tijdschrift in de gelegenheid zijn de Memorie zelve na te slaan.

De Minister betoogt nog kortelijk, dat de voorziening tegen deze misbruiken past in het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek, dat verklaart te behooren tot het wezen van overeenkomsten: de vrije toestemming van partijen. Dit pleit voor het systeem. Mochten verbodsbepalingen tegen *truck* er niet in gepast hebben, dan ware allerminst bewezen dat men moest nalaten zulke bepalingen in het leven te roepen, doch alleen gebleken, dat het systeem wat opfrissching behoefde.

Is nu het Ontwerp van dien aard, dat eene, zooal niet afdoende, dan toch krachtige beperking van de *truck*-euvelen mag worden verwacht van de toepassing zijner bepalingen? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de artikelen zullen ons op den weg brengen om deze vraag te beantwoorden.

Art. 1. Het loon wegens huur van diensten, van werk of van nijverheid wordt alleen vastgesteld in Nederlandsche munt en in den te verstrekken kost, te zamen of afzonderlijk.

Art. 2. De uitbetaling van het in art. 1 bedoelde en in Nederlandsche munt vastgestelde loon of gedeelte van dat loon geschiedt uitsluitend in diezelfde gangbare munt of in gangbaar Nederlandsch munt- of bankpapier.

De in het vorige lid bedoelde uitbetaling geschiedt, indien het daar bedoelde loon of gedeelte van het loon per week berekend minder dan vijftien gulden bedraagt, ten minste eenmaal 's weeks tot een bedrag, geëvenredigd, indien het loon naar tijdruimte is vastgesteld, aan de voor die tijdruimte overeengekomen som, indien het naar het stuk of naar de maat is vastgesteld, aan hetgeen is afgewerkt.

Art. 1 brengt onder de werking der wet tal van arbeiderscontracten, waarbij van de *truck*-misbruiken geen sprake is. In het Voorloopig Verslag wordt daarop terecht gewezen, en het zal noodig zijn eene omschrijving van het in den titel genoemde woord „Werklieden“ te vinden, die de wet binnen den kring harer bedoeling: bescherming van den handarbeider, houdt. De Engelsche wet van 1887 noemt na opsomming der talrijkste categorieën, om volledig te zijn: „of wie op andere wijze van handenarbeid zijn beroep maakt.“ Daarmede

is de zuiver intellectuëele arbeid, die eene bescherming als deze niet bleek noodig te hebben, uitgezonderd.

Is in art. 2 het behoud van de aanwijzing „bankpapier" als betaalmiddel noodzakelijk? Mocht het niet waarschijnlijk, maar toch niet ondenkbaar geval zich voordoen, dat de Bank aan hare verplichtingen niet kan voldoen, dan moet wel in de eerste plaats de arbeider, die zijn loon onmiddellijk in huishuur en leeftocht moet omzetten, tegen de kwade gevolgen gewaarborgd zijn. De quaestie is niet van overwegend belang, omdat de meeste loonsbetalingen blijven beneden het bedrag van het kleinste bankbiljet; maar er kan ook geen bezwaar zijn om de woorden „of bank" te schrappen.

De grens van *f* 15 is te laag. Er zijn in de klassen, die bedoeld worden, en die, willen zij althans eenige kans hebben op eene betrekkelijke welvaart, hun budget van inkomsten en uitgaven elke week moeten doen sluiten, velen die een hooger loon hebben. De werkman die in Amsterdam *f* 18 à 20 verdient en daarvan met een groot gezin moet leven, heeft evenzeer behoefte aan wekelijksche uitbetaling, als hij die *f* 15 verdient.

In het artikel wordt gemist de bepaling dat het loon moet worden betaald b. v. binnen 24 uren na afloop van den termijn waarin het verdiend is. Er moet, vooral bij stukwerk, met de loonsberekening wat haast gemaakt worden.

„Afgewerkt" is hier eene minder gelukkige uitdrukking, daar het bij den handarbeid veelal wordt gebruikt in den zin van „voltooid", wat hier de bedoeling niet is. „Verricht" zou deze bedoeling beter weergeven.

Art. 3. Van de voorschriften van artt. 1 en 2 kan worden afgeweken bij schriftelijke en in dubbel op te maken overeenkomst, waarvan de werkgever het ééne, de loontrekkende het andere exemplaar tot zich neemt. In die overeenkomst moet, voor zoover van de genoemde voorschriften wordt afgeweken, worden vermeld: 1°. waarin het loon wordt vastgesteld en zal worden uitbetaald; 2°. de hoeveelheid of eene andere nauwkeurige omschrijving van dat loon; 3°. het tijdstip waarop de uitbetaling zal plaats hebben.

Vaststelling of uitbetaling van het loon wegens huur van diensten,

van werk of van nijverheid of van een gedeelte daarvan in sterken drank is verboden.

Door of vanwege Onzen Minister van Justitie kan schriftelijke vergunning worden verleend om het in art. 2 bedoelde loon of gedeelte van dat loon ten minste eenmaal in de maand uit te betalen, overigens met inachtneming van het bij het laatste lid van art. 2 bepaalde.

Met dit artikel werpt de Minister nagenoeg geheel omver, wat hij in de eerste twee artikelen had opgebouwd. Deze gansche wet zou geen zin hebben, indien de wetgever den arbeider niet beschouwde als iemand die zeer belemmerd is in zijne vrijheid van contracteeren, en vele werkgevers als lieden die van die belemmering ten nadeele van den arbeider misbruik maken door van het loon, langs zijwegen en als nevenverdiensten, een deel terug te nemen. De eerlijke werkgevers, die hun arbeiders in goed geld en op behoorlijken tijd betalen, hebben met de bepalingen van artt. 1 en 2 alleen in zoover te maken, dat enkelen hunner ter wille van de wekelijksche loonsbetaling eene verandering in de administratie hunner zaak moeten maken, indien daarin veel op stuk wordt gewerkt. Om hun te gemoet te komen zou kunnen worden bepaald, dat bij 14daagsche verrekening, bij het einde der eerste week 90°/₀ werd betaald van het volgens globale berekening verdiende loon. Zoodanige arbeiders zouden, door b. v. de huishuur om de 14 dagen te betalen, toch buiten voorschotten kunnen blijven.

Soms is — zegt de Minister — uitbetaling van een deel van het loon in vrije woning, brandstof en dergelijke in het belang van den werkman. Ik geloof dat hij terecht het woord „soms“ gebruikt en niet spreekt van „dikwijls“, en als hij voor die enkele gevallen den werkman eene zoo algemeen mogelijke vrijheid geeft om van de in artt. 1 en 2 gewaarborgde rechten afstand te doen, dan streeft hij zijn doel voorbij en maakt de nuttige voorschriften dezer artikelen geheel illusoir. Hoeveel percent der fabrieksarbeiders kunnen lezen, niet in den zin van naar eenige letterteekens een woord uitspreken, maar in den zin van uit een contract

nauwkeurig begrijpen, welke wederzijdsche verplichtingen worden aangegeven? De erbarmelijke staat onzer volksontwikkeling kan toch den ontwerper dezer wet niet onbekend zijn. En, gesteld, zij konden allen het contract verstaan, hoevelen zouden, als honderd man zich aanbieden en voor twintig plaats is, weigeren om de ongunstigste voorwaarden aan te nemen, zich — zooals het volk dat noemt — „aan de galg te teekenen"?

Voor de slotalinea voert de Minister aan, dat de wijze van loonsberekening van groote werkgevers de wekelijksche uitbetaling van loon niet toelaat. Eenige twijfel aan deze verzekering is geoorloofd. Juist de groote zaken met hunne in den regel voortreffelijke administratie zullen met eenige inspanning wel tot eene oplossing van dit vraagstuk komen. En ze *moeten* er toe komen, wil deze wet eenig nut stichten. Want wordt van dit recht van dispensatie gebruik gemaakt, dan noodzaakt men den werkman tot het nemen van voorschot of koopen op crediet, en begint met zijne afhankelijkheid al de ellende, die de *truck* in zijn verschillende vormen verspreidt.

Behouden, en streng behouden moet worden het voorschrift van wekelijksche betaling, en zoo streng mogelijk de betaling in geld. Waar leverantiën van den werkgever den arbeider werkelijk ten goede kunnen komen, kan den werkgever het recht worden gegeven voor met name aan te geven zaken, mits zij geleverd zijn tegen den prijs der werkelijke waarde en in niet grooter hoeveelheid dan door den arbeider is aangevraagd, zich uit het loon te betalen. Doch alleen in die gevallen, waarin den arbeider werkelijk een dienst wordt bewezen, waarvoor hij zich de belemmering van de vrije beschikking over zijn weekgeld kan laten welgevallen. Zoo blijft de loonsbetaling ongeschonden, en ontstaat er een nevencontract, voor beiden voordeelig: voor den arbeider door de bruikbare waar die hij tegen de werkelijke waarde ontvangt, voor den werkgever-verkooper door de zekerheid der betaling.

Wordt eene bepaling in dezen geest gelascht in art. 7, en

wordt daarin ook de sterke-drank-clausule opgenomen, dan zou art. 3 geheel kunnen vervallen. Blijft dit laatste ongewijzigd in de wet, dan kan men de nuttige bepalingen van artt. 1 en 2 voor zoo goed als ongeschreven houden.

Art. 4. Het is verboden het loon wegens huur van diensten, van werk of van nijverheid uit te betalen in localiteiten, waarin sterke drank wordt verkocht of waarin eene andere winkelnering wordt uitgeoefend, of die met zoodanige localiteiten binnenshuis gemeenschap hebben.

Deze bepaling geldt niet ten opzichte van het loon, verschuldigd ter zake van werkzaamheden verricht in de in het vorige lid genoemde localiteiten of ten behoeve van het daarin uitgeoefend bedrijf.

Is hier onder „loon“ ook begrepen „voorschot op het loon“? Duidelijkheidshalve ware dit er bij te voegen.

De laatste alinea is slecht gesteld en drukt niet uit, wat de Minister blijkens zijne Toelichting wil. Volgens het Ontwerp zal, wanneer een timmerman of schilder in eene herberg werkzaamheden heeft verricht, het loon hem daar mogen worden uitbetaald. Bedoeld is: „het loon van dienstboden des ondernemers of voor werkzaamheden ten behoeve van het in die localiteiten uitgeoefend bedrijf“.

Men heeft in Schotland het uitbetalingslokaal wel eens geplaatst vlak over de herberg of den winkel, zoodat kon worden gecontroleerd of de arbeider wel deed wat men van hem verwachtte, d. i. dadelijk met het loon naar de overzijde gaan. Dergelijke contrôle is echter ook op andere wijze uit te oefenen, zoodat het toch niet gemakkelijk te maken voorschrift daartegen onnoodig blijkt. Waar de dwang langs zulke omwegen geschiedt, is de wet machteloos en is alleen heil te vinden in sterke organisatie der werklieden.

Art. 5. Behoudens verplichting ingevolge de wet, kan niemand worden genoodzaakt tot het bijdragen in eenig fonds, tenzij en voor zooveel men zich daartoe hebbe verbonden bij afzonderlijke schriftelijke en in dubbel op te maken overeenkomst, vermeldende de aanspraken, die de deelneming geeft, en de rechten van den deelnemer ingeval deze bij of door het eindigen van zijne dienstbetrekking zijne aanspraken geheel of gedeeltelijk verliest.

Bij stilzwijgen van de overeenkomst aangaande zoodanig verlies

blijven de aanspraken van den deelnemer ondanks het eindigen van zijne dienstbetrekking onverlet.

Van deze overeenkomst neemt iedere partij één exemplaar tot zich

In het Voorloopig Verslag wordt terecht er op gewezen, dat het woord „genoodzaakt" hier misplaatst is. Het verbod moet gelden het door den werkgever aangaan eener dergelijke overeenkomst zonder de voorschriften van het artikel in acht te nemen. Het gebezigde woord beperkt het voorschrift tot feitelijken dwang, die daarenboven niet nader gedefiniëerd is.

Het misbruik, dat van die fondsen te maken is en gemaakt wordt, zal door dit artikel niet worden uitgeroeid; doch het moet erkend worden, dat eene regeling van dit belangrijk onderwerp niet incidenteel in deze wet kan worden gemaakt, een nauwkeuriger onderzoek eischt dan tot nog toe plaats had. In afwachting van eene wet, die de verzekeringsfondsen van elken aard aan strenge voorschriften zal binden en aan scherp toezicht onderwerpen, waren echter thans ten aanzien der fabrieksfondsen een paar wezenlijke verbeteringen in te voeren. De fondsen werken in het belang van beide partijen. Zij ontslaan den werkgever in geval van ziekte, ouderdom enz. des arbeiders van eene moreele verplichting, die hij zelf wel in vele gevallen niet gevoelt, maar die de maatschappij hem meer en meer gaat opdringen. De werklieden zelve zijn door die fondsen in zekere mate gewaarborgd tegen kwade tijden. Toch is, behoudens enkele uitzonderingen, de regeling en het beheer dier fondsen geheel in handen van den werkgever, die in vele gevallen daarvan zelfs geene jaarlijksche rekening en verantwoording geeft. Kan deze wet niet de gansche materie der fondsen regelen, zij zou een paar nuttige bepalingen kunnen opnemen door het medebeheer der werklieden-deelnemers en eene jaarlijksche rekening en verantwoording voor te schrijven, die in de werkplaats zou moeten worden aangeslagen.

Moeilijker is het, hier eene scherpe bepaling op te nemen omtrent een uitkeering bij het verlaten van den dienst. Zeker

zou het wenschelijk zijn, dat die uitkeering de volle oogenblikkelijke waarde der verzekering bedroeg, maar dan zou tevens moeten worden aangegeven de maatstaf voor berekening dier waarde, iets wat wederom het bestek van dit Ontwerp zou overschrijden, of althans de totstandkoming der wet zeer zou bemoeilijken en vertragen.

Art. 6. Korting op het loon wegens huur van diensten, van werk of van nijverheid is alleen geoorloofd tot verhaal:

1°. van schade, aan de eigendommen van den werkgever toegebracht door de onrechtmatige daad, nalatigheid of onvoorzichtigheid van den loontrekkende, voor zoover daarover tusschen dezen en den werkgever geen verschil bestaat;

2°. van boeten, den loontrekkende krachtens een door dezen onderteekend reglement door of namens den werkgever opgelegd;

3°. van bijdragen voor eenig fonds, tot betaling waarvan de loontrekkende zich jegens den werkgever op de in het vorige artikel bepaalde wijze mocht verbonden hebben;

4°. van andere schulden, behalve die ter zake van levering van sterken drank, door den loontrekkende, bij den werkgever of bij anderen gemaakt, mits en voor zoover van het bestaan daarvan blijke door eene uitdrukkelijke, schriftelijke, door den loontrekkende afgegeven verklaring, vermeldende het verschuldigde bedrag en eene geoorloofde oorzaak der schuld.

Deze kortingen, niet medegerekend die wegens verschuldigde huur van woning en grond en wegens de sub 2°. bedoelde boeten, mogen gezamenlijk bij elke uitbetaling niet meer bedragen dan $^1/_5$ van het alsdan verschuldigde loon.

Kan men, zooals sub 1°. geschiedt, in onze hedendaagsche arbeidsverhoudingen de schade, door nalatigheid en onvoorzichtigheid veroorzaakt, ten nadeele van den arbeider doen komen? In vele gevallen, dunkt mij, zeer zeker niet. Wordt den arbeider de eisch van voorzichtigheid en oplettendheid in die mate gesteld, dat afwijking daarvan hem en zijn gezin straft met mindere voeding en kleeding gedurende zekeren tijd — immers daarop komt de inhouding van het bedrag der schade neer, — dan dient men hem te doen leven onder omstandigheden, waarin die oplettendheid en voorzichtigheid met reden van hem kunnen worden verwacht. Het gaat niet aan, zoodanige eischen te stellen aan hem die zonder krach-

tige voeding het grootste deel van elk etmaal aan den arbeid moet blijven. Het stelsel, waarin het past den arbeider 16, 17 en meer achtereenvolgende uren bijna gestadig te doen arbeiden, moet ook de gevolgen van die overmatige inspanning brengen ten laste van hen die haar vorderen. Wat breekt of bedorven wordt, behoort tot het risico van den werkgever, als het verlies te wijten is aan onvoorzichtigheid of nalatigheid; eerst dan behoort de arbeider aansprakelijk te worden gesteld, als opzet is gebleken.

Ook waar de arbeidstijd zoo geregeld is, dat hooge eischen aan den arbeider kunnen worden gesteld, zal de werkgever het dan zeer verminderde risico voor zijne rekening moeten nemen, omdat het loon zoodanige vergoeding niet kan dragen. In den regel wordt in fabrieken niet meer betaald dan wat volstaat voor woning en povere voeding. Verplicht men den werkman tot vergoeding van schade, die soms vrij belangrijk kan zijn, dan beteekent dit ontbering, weken en maanden lang, voor het gezin. Zeker mag dit niet geschieden op den grond van zoo rekbare begrippen als onvoorzichtigheid en nalatigheid. Wel moet er volgens het Ontwerp tusschen patroon en werkman geen verschil bestaan over de verplichting tot schadevergoeding, doch men weet wat dat beteekent. Den werkman wordt, als hij op zijn stuk staat, de deur gewezen, en twintig anderen hunkeren om hem te vervangen. Wil men toch de genoemde schade wettelijk tot het risico van den arbeider brengen, zeker is het hoogst onbillijk daarvoor korting op het loon toe te staan, een recht dat den werkgever slechts in hoog noodzakelijke gevallen moet worden gegeven.

Voor opzet kan de bepaling blijven bestaan; daartegen dient de werkgever gewaarborgd te zijn.

De boeten. Het meest zou mij toelachen, de boeten, die dikwerf met de grofste willekeur worden toegepast, geheel te verbieden; maar ik vrees, dat ze vooralsnog onmisbaar zijn. Eén man of één jongen kan door een half uur te laat te komen, voor een gansche ploeg het arbeiden onmogelijk maken. Kan de patroon geen boete opleggen, dan ware

wegzenden het eenig middel om dergelijke schade te voorkomen, en dit is zeker niet in het belang van den arbeider. Maar bij deze wet dient het boetestelsel aan eenige regelen te worden onderworpen en moet wel allereerst het willekeurig beboeten door meesterknechts onmogelijk worden gemaakt.

De volgende bepalingen zouden het dwangmiddel voor den werkgever kunnen behouden en de voornaamste nadeelen van het stelsel wegnemen:

1°. De boete wordt opgelegd door den werkgever, en aan den beboete wordt een schriftelijk bewijs uitgereikt, waarop het bedrag en de reden der beboeting zijn aangegeven.

2°. Een register van de boeten bevat, behalve de namen der beboeten, den datum, het bedrag en de reden der beboeting. Dit register moet geregeld worden bijgehouden en ter inzage voor de fabrieksinspecteurs beschikbaar zijn.

3°. De boeten komen ten goede van de gezamenlijke arbeiders, hetzij rechtstreeks, hetzij door storting in een fonds.

4°. De boeten mogen voor iederen arbeider niet meer dan 5°/₀ van het weekloon bedragen.

5°. Een boetereglement, van welks bepalingen de werkgever niet mag afwijken en dat zoowel de daden en nalatigheden waartegen boete is bedreigd als het bedrag der boeten aanwijst, moet den arbeider vóór zijne indiensttreding worden ter inzage gegeven, en in elk werklokaal worden opgehangen.

Het komt mij voor, dat zoo aan de voornaamste bezwaren zou zijn te gemoet gekomen. De fabrieksboete is eene straf zonder appèl, opgelegd door een rechter, voor wiens geschiktheid om recht te spreken geen enkele waarborg bestaat. Er is dus alle aanleiding om haar binnen zekere grenzen te houden. Is ze eens op bovenstaande of betere wijze beperkt, dan bestaat tegen afhouding van het loon geen overwegend bezwaar.

Evenmin bestaat dergelijk bezwaar voor de contributies

aan fondsen, mits de arbeiders deze medebeheeren Zooals nu veelal de toestand is, dat de fondsen geheel aan de willekeur van den werkgever zijn overgelaten, mist de arbeider den waarborg voor goed beheer en mag de wet de deelneming in die fondsen niet bevorderen. Liefst zou ik ook hier alle korting op het loon verboden zien. De wekelijksche storting, onafhankelijk van zijne betrekkingen met den werkgever betaald, vermeerdert het zelfstandigheidsgevoel van den werkman en prikkelt tot meerdere voorzorgen. Bij het maken van eene wet echter, moeten waarheden van dien aard wel niet uit het oog worden verloren, maar men moet zich toch afvragen, of de arbeider, zooals hij thans en in Nederland is, met hare toepassing op de werkelijkheid zou gediend zijn. Er is nog zoo bitter weinig gedaan om hem de algemeene en vakkennis te geven, zonder welke zelfstandigheid niet te erlangen is, dat men bij het maken van practische voorschriften, die dan ook niet voor de eeuwigheid worden geschreven, genoodzaakt is met zijn toestand rekening te houden.

Van zeer bedenkelijken aard is de vierde categorie der geoorloofde kortingen, al wordt zij ook beperkt door het maximum van $^1/_5$ van het weekloon. De vereischte briefjes teekent de werkman gaarne, en den waarborg tegen roekeloosheid, door deze papiertjes gegeven, breed uitgemeten in de Toelichting, acht ik gelijk nul. Elke winkelschuld zal op die wijze door korting op het loon worden verhaald, evenals ieder voorschot.

Onder deze omstandigheden crediteert men den werkman gaarne, en dit moet vermeden worden, want geraakt hij eens in schuld, dan is in verreweg de meeste gevallen armoede, en dikwijls haar gevolg: dronkenschap, voor goed zijn deel. De moeilijkheden, die hem door ontbreken van crediet wachten, zijn op verre na niet zoo schadelijk, als de gevolgen van deze wettelijke bevestiging van een misbruik.

Er bestaat ook geene reden, dat de werkgever, die arbeiderswoningen verhuurt, een voorrecht zou hebben boven

andere verhuurders, door zoo gemakkelijk de huur te innen. De niet weg te nemen invloed, dien zijne positie hem geeft, is reeds voorrecht genoeg, want al zorgen een aantal werkgevers voor goede woningen, het geval is niet ondenkbaar dat het verhuren van slechte woningen een bijzaakje wordt, dat aardige winst kan opleveren. En het is niet genoeg te herhalen, deze wet is niet gemaakt voor de werkgevers die hun plicht betrachten. Dezen zullen, met of zonder wet, wel den goeden modus vivendi met hunne werklui vinden. Maar tegen knevelarij waakt de wet, tegen bevordering van roekeloosheid onder de werklieden, en daarom moest deze vierde categorie niet in het Ontwerp zijn geschreven.

Art. 7. Overeenkomsten tusschen den werkgever of diens beambten of zetbazen en eenen aan één hunner ondergeschikten loontrekkende, waarbij de laatste zich verbindt het loon wegens huur van diensten, van werk of van nijverheid of een gedeelte van dat loon of zijne overige inkomsten op eene bepaalde, bij deze wet niet uitdrukkelijk toegelaten wijze te besteden, of zijne benoodigdheden op eene bepaalde plaats of bij een bepaalden persoon aan te schaffen, zijn ongeoorloofd.

Deze bepaling geldt niet ten aanzien van overeenkomsten, waarbij een loontrekkende zich jegens den werkgever verbindt om de voor zijn arbeid in diens dienst vereischte grondstoffen, werktuigen of bijzondere kleeding op eene bepaalde plaats of bij een bepaalden persoon aan te schaffen.

De rechtstreeksche winkeldwang wordt hier bestreden. Achter „loontrekkende“ zou, om een der vele mogelijke ontduikingen te voorkomen, kunnen gevoegd worden: „of diens vrouw of kinderen“. Zoo zou omtrent cantines in de fabrieken kunnen bepaald worden, dat op de geleverde spijzen en dranken geene winst mag behaald worden.

In de tweede alinea is verzuimd te noemen het repareeren of scherpen van werktuigen, en ook hier dient te worden bepaald, dat alles niet hooger dan de werkelijke waarde mag worden berekend. Redgrave noemt in zijn verslag het voorbeeld van eene kolenmijn in Schotland, waar elk der 300 arbeiders wekelijks 3 stuivers betaalt voor het scherpen der houweelen, en waar de werkgever alleen op dit

abonnement eene jaarlijksche winst van *f* 1800 maakt.

Het is noodig de bepalingen zoo scherp mogelijk te maken; de winkeldwang wordt echter op zoovele zijdelingsche, niet door eene wet te treffen wijzen uitgeoefend, dat deze bepaling meer van den goeden wil dan van de macht des wetgevers zal blijven getuigen.

De andere artikelen af te schrijven acht ik onnoodig. Zij geven mij slechts een paar opmerkingen in de pen.

De eene betreft het maximum der boete voor hem die voor de eerste maal in strijd handelt met de voorschriften der wet, en dat *f* 200 bedraagt. Dit is veel te laag. Waar werkelijk groote winsten zijn behaald, moet de rechter minstens tot *f* 1000 kunnen gaan. De Duitsche Gewerbeordnung bepaalt in art. 146 een maximum van M. 2000.

De uitvoering der wet is door geene enkele bepaling gewaarborgd. Waarom de Minister hier is afgeweken van het stelsel, door hem in de Arbeidswet van 5 Mei gevolgd, is niet duidelijk. Draagt men het toezicht niet op aan de fabrieksinspecteurs — onverminderd de plichten van andere ambtenaren — dan zal de wet eene doode letter blijken. De Minister rekent er toch niet op, dat de arbeiders de overtredingen zullen aanbrengen? Het zal dikwijls moeilijk genoeg zijn, hun getuigenis te krijgen.

Zonder gebreken is dus dit Ontwerp niet. Wordt het in zijn tegenwoordigen vorm wet, dan kan men den aan al de overleggingen en schrifturen besteeden tijd als nagenoeg verloren beschouwen.

Allerminst wil ik beweren, dat eene afdoende wet te maken is. *Truck* moet bestreden worden door de wet, in verbond met den zelfstandigen, in krachtige vakverbonden vereenigden werkman. Bij ons te lande zijn echter tot nog toe de werkliedenvereenigingen katholiek, antirevolutionnair, liberaal, radicaal of revolutionnair-socialistisch. Deze politieke en godsdienstige belijdenissen zijn haar van harte gegund, maar met het materiëel belang van de arbeiders hebben zij geen aasje

te maken. En toch houden zij de werklieden gescheiden ook wanneer het enkel stoffelijke belangen, als verkorting van werktijd, loonsverhooging, oprichting van winkelvereenigingen, geldt. Zij bedenken niet, dat politiek eene uitspanning is, waaraan een beleidvol man zich eerst overgeeft, als zijn dagwerk is gedaan, en dat hun dagwerk niet geëindigd zal zijn, eer zij voor zich en hun gezin een flinke voeding, goede en gezellige woning en voldoende kleeding hebben verworven, met wat gelegenheid en geld voor uitspanning en vermaak. Een krachtig vereenigingsleven der vakken, nationaal en internationaal, is daarvoor de onafwijsbare voorwaarde.

Waar sterke vereenigingen waren, is in Engeland de *Truck* grootendeels uitgeroeid. Waar, zooals in Wales en Schotland, deze ontbreken, blijft het euvel, niettegenstaande de wetgeving, welig tieren.

Amsterdam, Dec. 1889.

HET ONTWERP VAN EEN BURGERLIJK WETBOEK VOOR HET DUITSCHE RIJK,

DOOR

Mr. A. A. de PINTO[1]).

De volgende bladzijden bevatten eene voorlezing, den 11en November 1889 gehouden in de Koninklijke Akademie van Wetenschappen te Amsterdam, Afdeeling „Letterkunde".

Na een vluchtigen terugblik op de geschiedenis der codificatie van het privaatrecht in Duitschland sedert den aanvang van deze eeuw (I, II) volgt eene schets der wordingsgeschiedenis (III, IV) en critiek (V, VI, VII) van het Ontwerp van 1887, om te eindigen (VIII) met een woord over de vraag: Wat zal men er mede doen?

Mochten mijne beschouwingen over het Duitsche Ontwerp eenige belangstelling vinden ook buiten den kring, waarin zij zijn voorgedragen, het zoude mij stof tot dankbaarheid geven.

Ik meen daarbij te mogen vertrouwen, dat de lezers van dit tijdschrift, die mij de eer doen van deze bladzijden kennis te nemen, zich harer oorspronkelijke bestemming zullen gelieven te herinneren, vermits eene mondelinge voordracht den spreker eigenaardige grenzen stelt, welke minder ver strekken dan die eener verhandeling, alléén bestemd om gelezen te worden.

---

1) Door een uitnemend Duitsch schrijver is ons een opstel over dit Ontwerp toegezegd, dat wij in eene onzer eerstvolgende afleveringen hopen te publiceeren. De groote belangrijkheid van het Ontwerp rechtvaardigt echter het vermoeden, dat onze lezers prijs er op zullen stellen, naast de beschouwingen van een Duitsch deskundige, ook het oordeel te vernemen van een onzer meest gewaardeerde Nederlandsche juristen.

RED.

I.

Men schreef 1814. De Duitsche bevrijdingsoorlog was geëindigd, Duitschland aan Duitschland wedergegeven; het Congres te Weenen bijeengekomen om de zege, bij Leipzig bevochten, Napoleons val, Frankrijks vernedering, te bekrachtigen in de raadzaal der mogendheden door het trekken eener nieuwe staatkundige kaart voor Europa, die, het zoude maar al te spoedig blijken, nieuwe, nog altijd niet uitgeputte stof voor verwikkelingen, onlusten en oorlogen verborgen hield.

De staatkundige vrijheid was heroverd in het wedergeboren Duitschland, de oude Germaansche stam verhief weder met fierheid het hoofd in die niet alleen van krijgsroem stralende dagen, waarin een Goethe en een Beethoven het toppunt hunner glorie hadden bereikt.

Was het wonder, dat in dit tijdperk van opgewekt, nationaal gevoel, de wensch rees, dat het nieuwe leven zich ook mocht openbaren in één Duitsch wetboek voor het ééne Duitsche volk?

Met de Fransche legerscharen waren de Fransche wetboeken niet als door een tooverslag verdwenen van den Duitschen bodem, uit de Duitsche landen, waar zij met de Fransche staatsinrichting het Duitsche volk waren opgedrongen. Den Code Napoléon wilde men niet langer, maar als deze zoude zijn verbannen uit de landen, waar hij in 1814 nog heerschte, zoude men dan terugkeeren tot het gemeene recht, dat daar vroeger had gegolden, nu nog gold in andere Duitsche staten en staatjes, het gemeene, in eene vreemde, doode taal geschreven recht, in zijne toepassing hier meer, daar minder gewijzigd door soms zeer verschillende costumen, land- en stadrechten? Of was niet veeleer nu, zoo ooit, de tijd gekomen om één nationaal wetboek in te voeren in alle Duitsche landen; zoowel in die, waar het gemeene recht nu nog gold of vóór de Fransche overheersching gegolden had, als in Oud-Pruisen, waar het Landrecht, de uitgebreide — ook het strafrecht omvattende — codificatie van 1794 van kracht

was, en in de Duitsche erflanden der Oostenrijksche monarchie, voor welke in 1811 door Keizer Frans I eene codificatie van het burgerlijk recht in de landstaal was ingevoerd?

Er waren er — dit denkbeeld was aangegeven in een geschrift van H. C. Schmid [1] —, die het Oostenrijksche wetboek, de jongste, juist niet de beste, zeker niet de volledigste der destijds bekende, in landen, waar Duitsch gesproken werd, geldende codificaties van het materiëel privaatrecht, als wetboek voor geheel Duitschland wilden zien aangenomen.

Dit was niet het denkbeeld van den vaderlandslievenden Duitschen rechtsleeraar, den beroemden Heidelberger hoogleeraar Thibaut. Hij wenschte tot eenheid van recht in Duitschland te komen, niet door in den in wording zijnden Statenbond in te voeren wat in een deel daarvan eerst sedert een drietal jaren gold, maar door moedig de handen aan het werk te slaan om met vereende krachten een geheel nieuw nationaal wetboek te ontwerpen.

Zijn advies, uitgesproken en met krachtige overtuiging verdedigd in eene te Jena in 1814 verschenen verhandeling *über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland*, luidde als volgt:

„Ich bin der Meinung, dasz unser bürgerliches Recht einer „gänzlichen schnellen Umänderung bedarf, und dasz die „Deutschen nicht anders in ihren bürgerlichen Verhältnissen „glücklich werden können, als wenn alle Deutschen Regie„rungen mit vereinten Kräften die Abfassung eines, der Willkür „der einzelnen Regierungen entzogenen, für ganz Deutsch„land erlassenen Gesetzbuches zu bewirken suchen".

Met dit kloeke woord — het werd door den heer Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath te Cassel, terecht opgemerkt in zijne *Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* [2] — begint de lange wordings-

---

[1] *Deutschlands Wiedergeburt*, Jena, 1814, aangehaald bij von Savigny, *Vom Beruf* u. s. w., 3e Aufl., bl. 4, noot 2, bl. 109, 110.

[2] In de *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürg. Gesetzb.*, herausgegeben von Bekker und Fischer, Heft I, bl. 10.

geschiedenis van dit, eerst in de laatste dagen van 1887 in eerste lezing vastgestelde en den Rijkskanselier aangeboden Ontwerp.

Thibaut had zich geen illusies gemaakt omtrent den tegenstand, welken zijn voorstel bij velen, vooral onder zijne hooggeleerde ambtgenooten zoude vinden. Ziehier met zijn eigen woorden wat hij van hen verwachtte:

„Am wenigsten lasse man sich aber dadurch irre machen, „dasz die gänzliche Umänderung unseres bürgerlichen Rechtes „unter den eigentlich gelehrten Rechtskennern vielleicht die „meisten Widersacher findet; das wird stets so bleiben und „jetzt ist es gar nicht anders zu erwarten“ [1]).

Wat Thibaut had verwacht, geschiedde. Een hevige wetenschappelijke strijd ontbrandde over de codificatie van het burgerlijk recht in het algemeen, over de wenschelijkheid en de opportuniteit der invoering van één en hetzelfde Burgerlijk Wetboek in alle Duitsche bondstaten in het bijzonder [2]). Vooraan in den strijd tegen de codificatie, waarvoor Thibaut steun vond bij Feuerbach, Pfeiffer en andere mannen van naam, stond de geleerdste onder de geleerde rechtskenners, de vorst der Duitsche juristen van de eerste helft der negentiende eeuw, de edele Friedrich Carl von Savigny. Zijn beroemd strijdschrift tegen Thibaut — *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) — getuigt op iedere bladzijde van de hand des meesters, die de uit den schat zijner kennis verzamelde stof voor het grijpen heeft om haar zonder eenige voor den lezer zichtbare inspanning in den schoonsten, den voor het onderwerp meest gepasten, den lezer meest treffenden vorm te gieten. Nooit wellicht had een gelegenheidsgeschrift, aan welks samenstelling slechts enkele weken konden worden besteed, hooger wetenschappelijke waarde. Het bevatte niets minder dan het

---

1) Vierhaus, t. a. p., bl. 13.

2) Een overzicht van dezen strijd gaf von Savigny in eene bijlage der 2e en 3e Auflage van zijn aangehaald werk (1828, 1840).

programma der historische school, waarvan v. S.[1]) Hugo den oudsten en standvastigsten verdediger noemt, maar waarvan hij toch eigenlijk gedurende meer dan eene halve eeuw het erkende hoofd was, en meer dan eene harer andere illustraties heeft bijgedragen tot verspreiding van hare beginselen.

De beginselen en leerstellingen der historische school zijn, waren althans in de eerste helft onzer eeuw, der codificatie van het privaatrecht niet gunstig gezind. Dat recht leeft volgens hare inzichten in het volk, gelijk zijne taal, zijne zeden en zijne staatsinrichting[2]). Het verkeert in voortdurenden staat van ontwikkeling en is ook in dat opzicht met de taal te vergelijken[3]).

Bij toenemende volksbeschaving werkt echter ook hier de wet van verdeeling van den arbeid, en vormt zich langzamerhand een afzonderlijke klasse van juristen. Aan hen dan de techniek en de wetenschappelijke bouw van het recht, dat echter nooit ophoudt een deel van het volksleven te zijn[4]). Alle recht, althans alle privaatrecht is dus eigenlijk wat wij — volgens v. S. met eene niet geheel passende uitdrukking — gewoonterecht noemen, dat beteekent het recht, dat eerst door het volksgeloof en de volkszeden, dan door de rechtsgeleerdheid gekweekt wordt, overal alzoo door inwendige, stilwerkende krachten, niet door de willekeur eens wetgevers[5]).

Naar het ideaal van v. S. moet dan ook de werkzaamheid van dezen laatste, de tusschenkomst van het staatsgezag in zake van materiëel privaatrecht — over publiek recht handelt hij niet, bij name ook niet over straf- en procesrecht — zich bepalen tot de beslissing van de rechtszekerheid in gevaar stellende ernstige geschilpunten (controversen), en de opteekening, de formuleering, het in tekst brengen van het

[1]) t. a. p., bl. 182, verg. bl. 120.
[2]) t. z. p., bl. 8.
[3]) t. z. p., bl. 11.
[4]) t. z. p., bl. 12.
[5]) t. z. p., bl. 14.

gewoonterecht naar het voorbeeld van het edict van den Romeinschen praetor [1]).

v. S. wijst uitdrukkelijk op het groote onderscheid tusschen deze bemoeiing van het staatsgezag tot het in schrift brengen van het gewoonterecht en de codificatie naar het model der wetboeken van het einde der vorige en het begin van deze eeuw, waarbij men genoodzaakt is — ik bezig hier liefst zijne eigen, dus zijne onvertaalde woorden — „über alles „zu sprechen, auch wenn kein Trieb dazu da ist, und keine „specielle Anschauung dazu fähig macht, blos in Erwartung „künftiger möglicher Fälle" [2]).

Het gevaar van zoodanige codificatie acht onze jurist groot. Uit haar aard naar volledigheid strevende, zonder ooit volledig te kunnen zijn, zelfs niet op het oogenblik van haar ontstaan, stremt zij het in het volk levende recht, met de rechtswetenschap die daaruit steeds nieuw voedsel erlangt, in zijne natuurlijke ontwikkeling en leidt zij tot de alleenheerschappij van de doode letter der wet, waaraan zelfs de wetenschappelijk gevormde jurist zich op den duur niet kan onttrekken [3]).

Zeker is dit gevaar — *von dem bloszen Buchstaben überwältigt zu werden* — grooter of minder groot, al naar mate de mannen, wien de codificatie van het recht wordt toevertrouwd, in mindere of meerdere mate zijn opgewassen tegen deze zware taak, die zulke hooge eischen stelt, dat niet licht iemand — ook de bekwaamste niet — daaraan in alle opzichten kan voldoen [4]).

Hij moet, om kort te gaan, de overweldigend rijke stof met even vaste hand beheerschen als hij den vorm meester behoort te zijn.

Waar zijn die mannen te vinden? v. S. zocht ze, maar

---

[1]) t. z. p., bl. 131—133.

[2]) t. z. p., bl. 132, verg. bl. 20, 21.

[3]) „Jurisconsulti autem .... tanquam e vinculis sermocinantur", Baco aangehaald bij v. S., t. a. p., bl. 24, noot.

[4]) t. z. p., bl. 20—25.

vond ze niet. En dat zij er in dien tijd niet waren, in Duitschland zoomin als in Frankrijk, daarvan moest zijne — niet in alle opzichten even billijke als scherpzinnige — critiek der drie „nieuwe wetboeken“ — het Pruisische van 1794, het Fransche van 1804 en het Oostenrijksche van 1811 — het bewijs leveren [1]).

De slotsom was deze. In de landen, waar het Pruisische of het Oostenrijksche Wetboek niet geldt, blijve men bij het gemeene recht in verbinding met de landrechten, in de overheerschte, bij Frankrijk ingelijfde, nu weer Duitsch geworden streken keere men tot dien vroegeren toestand terug [2]). Of het in eene verre toekomst, onder veranderde omstandigheden, wenschelijk en dan ook mogelijk zoude zijn in die landen en streken een Duitsch Burgerlijk Wetboek in te voeren, viel nu niet te beslissen en kon nu niet worden uitgemaakt [3]). Voor het tegenwoordige waren de bestaande rechtsbronnen — het gemeene recht en de landrechten — voldoende, ja voortreffelijk, als de rechtswetenschap, doende wat zij alléén vermag te doen [4]), de streng historische methode, sedert de laatste jaren „hoofdzakelijk door Hugo's verdienste“ bij de beoefening van het Romeinsche recht gevolgd, in gelijke mate op de studie der landrechten en hun gemeenschappelijke bron — het Germaansche recht — in toepassing bracht [5]).

Voor de landen, waar een Duitsch wetboek — het Pruisische of het Oostenrijksche — gold, durfde v. S. niet adviseeren tot de afschaffing daarvan, die onvermijdelijk groote verwarring ten gevolge zoude hebben en nadeelig op „den openbaren geest“ zoude werken [6]). Bracht men echter ook bij de verklaring van die wetboeken de streng historische methode in toepassing, hield men ook daarbij voortdurend

[1]) t. z. p., bl. 54—110.
[2]) t. z. p., bl. 111—134.
[3]) t. z. p., bl. 134.
[4]) t. z. p., bl. 112.
[5]) t. z. p., bl. 117, 119, 120, 151.
[6]) t. z. p., bl. 15.

het oog gevestigd op hun wordingsgeschiedenis en de gemeenschappelijke bron, waaruit zij waren gevloeid, dat is hetzelfde recht, dat nu nog in de overige Duitsche landen en streken gold of slechts tijdelijk was „onderbroken" door den Code, dan zoude het doel, waar allen naar streefden — rechtszekerheid en rechtseenheid —, in zoover bereikbaar, bereikt worden door eene „organisch fortschreitende Rechts-„wissenschaft, die der ganzen Nation gemeyn seyn kann" [1]).

Toen ik onlangs bij de voorbereiding tot deze voordracht het classieke strijdschrift van den grooten jurist, waarmede ik reeds als student had kennis gemaakt, herlas met al de aandacht en al den ernst, die het thans nog, nu drie vierden eener eeuw verloopen zijn sedert het 't licht zag, eischt en verdient, troffen mij vooral twee zaken: vooreerst de felle, in des schrijvers oog vernietigende critiek van den Code Napoléon, ten andere de overheerschende invloed, dien volgens hem de rechtswetenschap, als ware zij eene zelfstandige macht in den staat, oefent, althans moet oefenen op de rechtsbedeeling.

De Code was te beschouwen als eene reeds in 1814 „überstandene politische Krankheit" [2]). Ten opzichte van het Fransche wetboek kwam niet in aanmerking „de onvermijdelijk groote verwarring", die v. S. voorzag van de afschaffing der Duitsche wetboeken in Pruisen en Oostenrijk.

Welnu, de levenskracht van den Code is ook in Duitschland, ja in Duitschland meer nog dan in eenig ander land, waar hij door den veroveraar was ingevoerd, gebleken. Tegenover zijne door v. S. [3]) niet zonder overdrijving gekenschetste gebreken staan onmiskenbare verdiensten.

Het systeem is zwak, de practische zin daarentegen sterk, de elasticiteit, die elk wetboek moet hebben, zal het ook bij veranderde toestanden bruikbaar blijven, groot, de redactie in den regel voortreffelijk.

Meer dan 75 jaren zijn thans voorbijgegaan sedert den

[1]) t. z. p., bl. 161, verg. 151—154.
[2]) t. z. p., bl. 135.
[3]) t. z. p., bl. 54—81.

bevrijdingsoorlog, bijna een twintigtal jaren na den oorlog van 1870, waarin Duitschland op Frankrijk eene vooral in haar gevolgen nog veel schitterender overwinning behaalde dan in 1813. Toch geldt de Code civil nog altijd in de eenmaal door Frankrijk veroverde, bij Leipzig reeds vrij gevochten landen, en men mag het met grond betwijfelen, of juist in die landen het verlangen naar het ééne, nationale Burgerlijk Wetboek grooter is dan in de overige deelen van het thans zoo machtige Duitsche Rijk. In elk geval is thans zooveel zeker, dat v. S. zich vergiste, toen hij den Code eene in 1814 reeds „überstandene Krankheit" noemde. De in zijn oog destijds reeds overwonnen acute ziekte is dan nu sedert lang gebleken eene chronische kwaal te zijn, waaraan — zooals het meer gaat — de patiënt zich zoozeer heeft gewend, dat de kracht der gewoonte, de *vis inertiae*, het verlangen naar herstel nagenoeg heeft onderdrukt.

En nu de „organisch fortschreitende Rechtswissenschaft", welke de rechtseenheid en de rechtszekerheid zoude brengen, die Thibaut en velen met hem alléén van de codificatie verwachtten?

Wie is er, die met volle waardeering van het beeld der wetenschap, door v. S. zoo treffend geschetst, met volle overtuiging van het edele harer roeping, daarin nu nog gelooft?

Neen, v. S. moge middagklaar hebben aangetoond, dat in het Duitschland van 1814, aan den morgen van den schoonen dag der bevrijding en hereeniging, de krachten ontbraken om — en dat nog wel in 3 à 4 jaar, zooals Thibaut mogelijk achtte — één nationaal Burgerlijk Wetboek in het leven te roepen, wat hij niet heeft bewezen, is, dat de wetenschap alléén het voor de rechtsbedeeling noodige licht kon brengen in den chaos van verwarring, eenheid en gemeenschap in de landen, waar het gemeene recht in verbinding met de landswetten nog gold, en in die, waar het gegolden had, maar nu door een wetboek was vervangen. De „organisch fortschreitende Rechtswissenschaft" moge een prachtig juristenrecht hebben gekweekt, gevoed en ontwikkeld, zij was en is

onmachtig om uitdrukking te geven aan een volksrecht, voldoende aan de behoeften van onzen tijd, een volksrecht in de volkstaal, een recht, dat goed en verstaanbaar Duitsch spreekt tot den Duitscher. En toch als, volgens eene geliefde stelling der historische school, het recht evenals de taal is eene in voortdurenden staat van ontwikkeling verkeerende openbaring van het volksleven, dan mag, dan kan het, waar het in eenigen vorm, welken dan ook, te boek wordt gesteld, het woord niet richten tot het volk in de doode taal der geleerden zoomin als in de verouderde taal der landrechten, waarvan de Duitscher, als hij het geluk niet heeft jurist of linguïst te zijn, doorgaans niet veel meer verstaat dan van het Latijn van het *Corpus juris civilis* of *canonici* en de *libr feudorum*.

II.

Thibaut's voorstel had geen practisch gevolg. De bondsakte van 10 Juni 1815 wees den weg niet aan tot gemeenschappelijke wetgeving op het gebied van privaat- en strafrecht. Iedere tot den Bond behoorende staat, ieder lid van den statenbond bleef in dit opzicht souverein, zijn eigen heer en meester. Eene gemeenschappelijke wetgeving kon dus alléén door de eendrachtige, onverplichte samenwerking der afzonderlijke staten tot stand komen.

Langs dezen weg is de Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung ontworpen, en had zij omstreeks het midden van deze eeuw verbindende kracht verkregen in alle Duitsche staten en zelfs in de niet-Duitsche staten van Oostenrijk. De bijzonderheden dienaangaande vindt men in Vissering's *Wisselregt der XIXe eeuw* (Inl., § 2). Op het gebied van het wisselrecht, waarop in het belang van den handel en het crediet eenheid zoozeer wenschelijk en gewenscht was, heerschte in Duitschland de meest bonte verscheidenheid. Na verschillende vergeefsche pogingen om een einde te maken aan dezen toestand, alle uitgegaan van het Tolverbond, leidde eindelijk een nieuw voorstel in de bijeenkomst der

afgevaardigden van dit verbond, in 1846 gehouden, tot een practisch resultaat. Den 20sten October 1847 kwam te Leipzig eene conferentie bijeen van afgevaardigden van alle Duitsche staten — ook die niet tot het Tolverbond behoorden — tot het samenstellen eener wisselverordening, die na verloop van zes weken gereed was in een Ontwerp, dat vooreerst buiten gevolg bleef door de staatkundige gebeurtenissen van 1848, maar, na in 1849/50 in alle Duitsche staten afzonderlijk te zijn ingevoerd, 19 à 20 jaren later, tegelijk met de Neurenberger wisselnovellen en het algemeene Handelswetboek, als bondswet werd ingevoerd in den nu georganiseerden Noordduitschen Bond (Wet van 5 Juni 1869). Wel had het ephemère Frankforter parlement reeds bij een besluit van 24 Nov. 1848 bepaald, dat de wisselverordening den 1sten Mei 1849 in het geheele Duitsche Rijk kracht van wet zoude hebben, maar men weet, hoe het met de zoogenaamde wetten van dat parlement is gegaan. De aanneming der „Wechsel-Ordnung" in de afzonderlijke Duitsche staten in 1849/50 was dus voor de rechtszekerheid noodig, en de bondswet van 5 Juni 1869 ook met betrekking tot het wisselrecht niet overbodig.

Ook voor de samenstelling van een algemeen Duitsch Handelswetboek gingen de eerste pogingen uit van het tolverbond, en de wenschen, in December 1847 uitgesproken in de Leipziger conferentie tot samenstelling der wisselwet, leidden er toe, dat ongeveer een jaar later van wege het toenmalige rijksministerie van justitie eene commissie werd benoemd tot samenstelling van een handelswetboek, die eenige titels daarvan in ontwerp bracht. Een achttal jaren later trok de Bondsdag zelf zich de zaak aan. Volgens zijn besluit van 18 December 1856 werd voor de samenstelling van een algemeen Duitsch handelswetboek bijeengeroepen eene commissie van afgevaardigden uit de bondstaten, die den 15den Januari 1857 voor het eerst bijeenkwam te Neurenberg en haar laatste vergadering hield den 12den Maart 1861. Het groote werk was dus in vier jaren voltooid. Drie

à vier jaren waren er nu nog mede gemoeid, eer het wetboek was ingevoerd in de verschillende bondstaten [1]). Gelijk ik reeds de gelegenheid had op te merken, werd ook het handelswetboek als bondswet ingevoerd bij de wet van 5 Juni 1869. Eene rijkswet van 18 Juli 1884 betreffende „die „Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesell-„schaften" heeft de daartoe betrekkelijke voorschriften van het handelswetboek (artt. 173—249*a*) door nieuwe vervangen [2]).

Nog moet hier worden vermeld een derde zeer belangrijk wetsontwerp, onder de oude organisatie van den Bond door de samenwerking van afgevaardigden van een tiental Duitsche staten — waaronder Oostenrijk, Beijeren, Saksen, Hannover en Wurtemberg —, in het leven geroepen. Ik bedoel het zoogenaamde „Dresdener Entwurf" over het obligatierecht [3]). Den 6den Februari 1862 besloot de Bondsdag alle regeeringen uit te noodigen zich te doen vertegenwoordigen in eene commissie voor de bewerking van eene algemeene Duitsche wet op het obligatierecht. De medewerking was — het werd reeds opgemerkt — veel minder algemeen dan bij de wisselwet en het handelswetboek. Pruisen onthield zich geheel. Dit belette niet, dat de commissie, die den 5den Januari 1863 te Dresden bijeenkwam, haar omvangrijken arbeid met moed opvatte en in niet minder dan 324 zittingen, onder praesidium van Baron von Kaule uit Weenen, voltooide. Het zeer uitgebreide ontwerp (1015 artt.) was den 13den Juni 1866 voor openbaarmaking door den druk gereed. Den volgenden dag zakte de oude Bond, de wrakke schepping van het Weener Congres, ineen. Het Ontwerp werd nergens tot wet verheven. Toch is het, gelijk nader zal blijken, van

---

[1]) Zie de opgave der invoeringswetten bij Mr. J. A. Levy, *het Alg. Duitsche Handelswetboek* (Amsterdam, 1869), bl. 25. De inleiding tot dat uitnemende werk bevat ook vele andere bijzonderheden omtrent de geschiedenis van dit wetboek. Vgl. ook Vierhaus, t. a. p., bl. 21.

[2]) Zie daarover het bijvoegsel tot het in de vorige noot vermelde werk, *Actiënregt*, door Mr. J. A. Levy ('s Gravenhage, 1884).

[3]) Vierhaus, t. a. p., bl. 22—25.

gewicht voor de wordingsgeschiedenis van het in 1887 in eerste lezing voltooide Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk.

Ik kom thans tot hetgeen meer rechtstreeks in verband staat met die geschiedenis [1]).

III.

Het Ontwerp der Rijksgrondwet van 1849 (art. XIII, § 59) bepaalde, dat ter vestiging der rechtseenheid bij het Duitsche volk algemeene wetboeken van burgerlijk-, straf-, handels-, wissel- en procesrecht zouden worden vervaardigd.

Veel minder ver ging het voorstel, door de verbonden regeeringen aan de constitueerende vergadering voor den Noordduitschen Bond gedaan onder dagteekening van 4 Maart 1867. Volgens dit voorstel toch werd het wetgevend gezag van den bond erkend alleen voor „die gemeinsame Civilprocessordnung und das gemeinsame Konkursverfahren, Wechsel- und Handelsrecht". Drie amendementen werden voorgesteld tot uitbreiding van dit voorschrift. Aangenomen werd het amendement van Lasker, in overeenstemming waarmede nu art. 4, n°. 13 der bonds-constitutie van 26 Juli 1867 de wetgevende bevoegdheid van den Bondsdag uitstrekte tot „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, das Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren".

Deze bepaling ging later woordelijk over in art. 4, n°. 13 der Grondwet van het Duitsche Rijk van 16 April 1871. Het was echter vooruit te zien, dat, nu eenmaal de rijkswetgevende bevoegdheid erkend was op het gebied van het materiëel privaatrecht ook buiten het gebied van het handelsrecht, men op den duur geen genoegen zoude nemen met eene beperking van die bevoegdheid tot het obligatierecht, met een

[1]) Voor meerdere bijzonderheden dan mijn bestek toelaat op te noemen zij hier in het algemeen verwezen naar het reeds meermalen aangehaalde geschrift van Vierhaus.

Code fédéral des obligations, zooals in Zwitserland bij de wet van 14 Juni 1881 werd ingevoerd. Die beperking toch was onlogisch en onpractisch. Onlogisch, omdat, al moge — zooals Lasker, later een krachtig voorstander der uitbreiding, gelijk hij toen zelf erkende, om te bereiken wat hij in 1867 alléén bereikbaar achtte, ter verdediging van zijn amendement aanvoerde — de behoefte aan eene gemeenschappelijke regeling van het obligatierecht zich zeer dringend doen gevoelen, nu handels- en wisselrecht sedert lang gemeenschappelijk geregeld zijn, toch het verband van dat deel van het burgerlijk recht met zijne andere deelen zoo groot is, dat het niet wel mogelijk is, het losgemaakt uit dit verband, afzonderlijk goed te regelen. Onpractisch, omdat de irrationeele splitsing tusschen het recht uit verbintenis en de overige vermogensrechten — zakelijke rechten, erf- en huwelijksgoederenrecht — onvermijdelijk moest leiden tot zeer bedenkelijke conflicten tusschen de rijkswet en de landswetten.

De Juristendag, het krachtige orgaan der Duitsche rechtswetenschap en practijk, in 1860 onder de oude bondsorganisatie opgericht, had in zijn vaandel geschreven bevordering der rechtseenheid ook op het gebied van het privaatrecht zonder beperking. Het is waar, in zijne eerste vergaderingen (Berlijn 1860, Dresden 1861) had het bij de daarin aangenomen moties den nadruk doen vallen op het obligatierecht, maar alleen voorloopig en als minimum — „dasz mindestens „eine gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht „herbeizuführen sei", — en niet dan na vooraf stellig te hebben geconstateerd, dat een gemeenschappelijk burgerlijk wetboek hoogst wenschelijk, ja eene dringende behoefte was, welker vervulling de tijdsomstandigheden — „die Umstände zur Zeit" — alleen in den weg stonden.

Welnu, die tijdsomstandigheden waren in een tiental jaren, van 1861 tot 1871, geheel veranderd. De oude, zwakke Bond was aan verval van krachten gestorven, het jeugdige, krachtige Duitsche Rijk geboren. Ontbrak vroeger alle orga-

niseerende, alle centraliseerende kracht op het gebied der codificatie, nu lag de kiem voor een gemeen burgerlijk-, straf- en procesrecht in de rijksconstitutie zelve opgesloten. Alleen voor het burgerlijk recht had de Grondwet aanvankelijk eene beperking tot een deel, zij het dan ook een hoogst belangrijk deel van het geheel aangenomen. Die beperking kon op het door haar ingenomen standpunt niet van langen duur zijn. Binnen drie jaren na de vestiging van het Duitsche Rijk werd, ook ter voldoening aan het in den Rijksdag meermalen krachtig uitgesproken verlangen, bij de rijkswet van 24 December 1873 eene nieuwe lezing vastgesteld van het dertiende nummer van art. 4 der rijksconstitutie, volgens welke lezing dit nommer nu luidt: „Die gemeinsame Gesetz„gebung über das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht „und das gerichtliche Verfahren". Meer in minder woorden dan de oorspronkelijke tekst bevat.

Het handels- en wisselrecht behoefde nu niet afzonderlijk genoemd te worden, als begrepen onder „das gesammte bürgerliche Recht" (het materiëel privaatrecht in zijn geheelen omvang). Onder „das gerichtliche Verfahren" bleef gelijk vroeger begrepen het formeele recht: rechterlijke organisatie, burgerlijk-, straf- en handels-procesrecht.

Toen de rijkswet van 24 Dec. 1873 tot stand kwam, was daaraan en aan den daarbij aangevulden tekst van art. 4, no. 13 der rijksconstitutie reeds in menig opzicht voldaan. Wat het materiëel strafrecht betreft, door de invoering van het Strafwetboek voor den Noordduitschen Bond van 31 Mei 1870 in het gansche Duitsche Rijk, den 1sten Januari 1872 [1]). Wat het materiëel privaatrecht betreft was een deel van den te verrichten arbeid reeds verricht in de wisselwet en het handelswetboek en verder in een aantal bijzondere rijkswetten, geheel of ten deele van privaatrechtelijken aard, zooals

[1]) Krachtens eene rijkswet van 15 Mei 1871. In Elzas-Lotharingen geldt dit wetboek sedert 1 Oct. 1871, ingevolge de rijkswet van 30 Aug. 1871. Het rijksstrafwetboek werd later door verschillende wetten aangevuld en gewijzigd, vooral door de Novelle van 26 Februari 1876.

de wetten op het auteursrecht in zijne verschillende vormen, de Gewerbe-ordnung, laatstelijk belangrijk gewijzigd bij eene wet van 1 Juli 1883, de wet op de coöperatieve vereenigingen (Genossenschaftsgesetz) [1]) en andere, met welker opsomming ik den lezer niet zal vermoeien.

Alleen voor de zoo omvangrijke codificatie van het procesrecht was tegen het einde van 1873 alles nog slechts in staat van voorbereiding. Het is dus wel een overtuigend bewijs voor de groote werkkracht van het Duitsche volk op wetgevend gebied, dat in 1877 ter invoering reeds gereed waren en den 1sten October 1879 werden ingevoerd de vier wetboeken en wetten, die het procesrecht in zijn ganschen omvang regelen: de „Gerichtsverfassung", de „Civilprozeszordnung", de „Strafprozeszordnung" en de „Konkursordnung".

Zoo vlug zoude het niet van de hand gaan met het Burgerlijk Wetboek. De hiervoor te verrichten arbeid was, ook in vergelijking met al het overige wat reeds gedaan was of nog te doen viel ter uitvoering van art. 4, no. 13 der rijksgrondwet, zoo ontzaglijk groot, dat het te voorzien was, dat vele jaren zouden noodig zijn om dezen tot een goed einde te brengen.

In den toestand van het materiëel privaatrecht in Duitschland was sedert den strijd tusschen Thibaut en von Savigny, sedert de dagen, waarin de nu ook onder de juristen al meer en meer algemeen geworden wensch om tot één wetboek voor allen te komen het eerst was uitgesproken, weinig verandering gekomen.

In verschillende Duitsche staten (Beijeren, Hessen, Pruisen) waren sedert 1814 wel pogingen in het werk gesteld om tot eene codificatie of eene nieuwe codificatie van het burgerlijk recht te komen; maar alléén in het Koninkrijk Saksen waren die pogingen met goeden uitslag bekroond. In dat koninkrijk was in 1863 na veeljarige voorbereiding vol-

[1]) Laatstelijk gewijzigd bij eene wet van 1 Mei 1889, te beschouwen in verband met de wet op het houden van het „Genossenschaftsregister" van 11 Juli 1889.

tooid en den 1sten Maart 1865 ingevoerd een uit vijf deelen en 2620 paragrafen bestaand burgerlijk wetboek.

Alzoo golden bij de uitvaardiging der rijkswet van 20 Dec. 1873 en gelden op dit oogenblik in het Duitsche Rijk nog drie wetboeken van burgerlijk recht.

Evenals in 1814. Telt het Oostenrijksche wetboek van 1811 niet meer mede, omdat Oostenrijk sedert 1866 uit den Bond is getreden; daarvoor is nu het Saksische wetboek in de plaats getreden. Het Pruisisch Landrecht geldt nog in oud-Pruisen; de Code civil in Baden, eenigszins gewijzigd, in eene vertaling, die den naam draagt van Badensch Landrecht, zooals in al de Rijnlanden, waar hij tijdens de Fransche overheersching was ingevoerd, en in het Rijksland (Elzas-Lotharingen); het gemeene recht in alle overige Duitsche landen, ook in de in 1866 bij Pruisen ingelijfde gewesten: Hannover, Keur-Hessen, Holstein, Nassau en Frankfort.

Eene codificatie van het materiëel privaatrecht in Duitschland beteekent niets meer of minder dan één wetboek, waarin al die bonte verscheidenheid van recht, nog oneindig vermeerderd door het groot verschil in de nevens het gemeene recht geldende landrechten en costumen, zich oplost. En toch eene nauwkeurige kennisneming en verzameling van het bestaande was nog slechts een betrekkelijk gering deel van den arbeid, die te verrichten viel om dit door een in aanleg en vorm geheel nieuw recht te vervangen.

IV.

De Bondsraad begreep terecht, dat al naar mate die arbeid veel tijd vorderde, hij ook te spoediger moest worden ter hand genomen. Nauwlijks waren twee maanden verstreken sedert de wet van 20 Dec. 1873, toen reeds bij het raadsbesluit van 28 Febr. 1874 eene commissie werd ingesteld, eene „voorcommissie“ om een advies uit te brengen over het plan en de methode, bij de samenstelling van het ontwerp van een Duitsch burgerlijk wetboek te volgen.

Deze commissie van vijf leden, waarin de rechtswetenschap vertegenwoordigd was door Prof. Goldschmidt uit Berlijn, bood binnen twee maanden, 15 April 1874, haar rapport den Bondsraad aan. Op de in dat rapport in het breede omschreven gronden adviseerde zij in hoofdzaak:

1°. het werk niet op te dragen aan één man, gelijk geschied was met de eerste ontwerpen der rijkswetboeken van strafrecht en strafvordering [1]), maar aan eene commissie van uitnemende practische en theoretische juristen, bij welker samenstelling ook gelet moest worden op de vertegenwoordiging van de verschillende streken des Rijks, waar verschillend recht geldt;

2°. bij de codificatie van een „den Gesammtzuständen des Deutschen Reichs entsprechendes" burgerlijk recht in een aan de eischen der tegenwoordige wetenschap beantwoordenden vorm zoude natuurlijk moeten worden gelet op de geldende wetboeken en de meest bekende ontwerpen ook over bijzondere deelen des rechts, maar geen dier wetboeken of ontwerpen kon tot grondslag der algemeene codificatie dienen (zooals b. v. het Pruisische strafwetboek van 1851 de grondslag was geweest van het later in het Duitsche Rijk ingevoerde strafwetboek van den Noord-Duitschen Bond);

3°. het handelsrecht blijve buiten het burgerlijk wetboek, evenals eenige bijzondere met het publiek recht verwante instituten, zooals het berg-, het water-, het jacht- en visscherijrecht;

4°. de commissie stelle haar eigen reglement van orde (Geschäftsordnung) vast;

uit haar midden wijze zij een redacteur aan:

a. voor het obligatierecht;

b. voor het voogdij- en familierecht;

c. voor het huwelijksgoederenrecht en erfrecht;

d. voor de onroerende zakelijke rechten, en het pandrecht in zijn vollen omvang;

---

[1]) **Daarmede namelijk werd belast Dr. Friedberg, Geh. Ober-Justiz-Rath te Berlijn.**

e. voor de overige instituten van het zakenrecht met inbegrip van het bezit;

5°. ieder redacteur trede echter over de beginselen van het door hem te bewerken hoofddeel in overleg met de volle commissie, die ook beslist over eventueele geschillen tusschen de redacteurs aangaande de grenzen van het hun respectievelijk ter bearbeiding toegewezen gebied en over gemeenschappelijke leerstukken;

na voorloopige vaststelling van al de hoofddeelen, waarbij tevens wordt overwogen alles wat daaruit kan worden verwijderd om te worden opgenomen in het algemeene deel of de invoeringswet, worde de samenstelling daarvan, in zoover noodig met medewerking der redacteuren, opgedragen aan één hoofdreferent, die ook de vereischte voorstellen doet om de verschillende ontwerpen, na hetgeen daaruit is overgegaan naar het algemeene deel, daarmede en met elkander te doen sluiten;

6°. eindelijk worde het geheele ontwerp nog aan eene revisie onderworpen, in eerste lezing vastgesteld, met de „Motive" openbaar gemaakt en den Bondsraad aangeboden.

De Bondsraad stelde het advies der „voorcommissie" in handen zijner sectie voor justitiëele aangelegenheden, die in een belangrijk rapport, gedagteekend 9 Juni 1874, waarin het advies werd geresumeerd om zich er in hoofdzaak bij aan te sluiten, den Raad in overweging gaf eene commissie in te stellen om het wetboek te ontwerpen, die hare zittingen zoude houden te Berlijn, en wier voorzitter uit haar midden zoude worden benoemd door den Rijkskanselier. De commissie zoude zelve haar werkplan (Geschäftsgang) regelen, terwijl het haar bleef overgelaten daarbij gebruik te maken van de voorstellen, vervat in het advies der voorcommissie.

De Bondsraad vereenigde zich met dit rapport. Bij zijn besluit van 4 Juli 1874 werd eene commissie ingesteld niet van negen, zooals de „voorcommissie" had geadviseerd, maar van elf leden, dat is altijd nog vijf minder dan het aantal

leden der bij K. B. van 28 Februari 1880, n°. 8, ingestelde commissie tot herziening van *ons* Burgerlijk Wetboek, welk aantal thans tot vijf is gedaald.

Tot voorzitter der commissie werd door den Rijkskanselier benoemd haar medelid Dr. Pape, voorzitter van het toenmalige Reichs-Oberhandelsgericht, thans opgelost in het Reichsgericht te Leipzig. Uit de voorcommissie waren in de wetgevende commissie twee leden overgegaan, Dr. von Kübel uit Wurtemberg en Dr. von Weber uit het Koninkrijk Saksen. Zij was grootendeels samengesteld uit leden der hooge magistratuur. De balie was — vreemd genoeg — voorbijgegaan bij de samenstelling der wetgevende commissie. De rechtsgeleerde faculteit had in haar midden twee vertegenwoordigers, den Romanist Dr. von Windscheid, hoogleeraar te Leipzig, en den Germanist Dr. von Roth, hoogleeraar te Munchen. Toen eerstgemelde in 1883 zijn ontslag had gevraagd en verkregen wegens dringende ambtelijke en persoonlijke redenen, werd hij door geen ander vervangen. Nadat echter weinige maanden later eene nieuwe vacature in de commissie was ontstaan door den dood van Dr. von Kübel, werd zij aangevuld door de benoeming van den Wurtembergschen hoogleeraar Dr. von Mandry. Overigens was het gebied van het gemeene recht in de commissie behalve door de twee hoogleeraren vertegenwoordigd door drie andere leden, het gebied van het Pruisisch Landrecht door drie, het gebied van het Fransche recht (incl. het Badensche Landrecht) door twee leden, en het koninkrijk Saksen met zijn eigen wetboek door één lid. Als helpers (*Hülfsarbeiter*) werden der commissie nog zes rechterlijke ambtenaren — sommigen later door anderen vervangen — toegevoegd om den leden-redacteurs ter zijde te staan bij hun arbeid, in het bijzonder bij de samenstelling der „Motive“.

De commissie hield hare eerste bijeenkomst den 17den September 1874. Acht vergaderingen werden gewijd aan de vaststelling van het werkplan. Al dadelijk vereenigde zij zich met het denkbeeld der voorcommissie, dat geen be-

staand wetboek of ontwerp grondslag der beraadslagingen kon zijn, maar dat door daartoe aan te wijzen leden der commissie „Theilentwürfe“ moesten worden vervaardigd en van de vereischte toelichting voorzien om, nadat deze alle zouden zijn voltooid, in de volle commissie te worden onderzocht. Omtrent het overleg tusschen de redacteurs om de vereischte eenheid in vorm en inhoud bij de afzonderlijke bewerking der verschillende deelen te waarborgen, werden de noodige bepalingen gemaakt, en evenzeer over de vaststelling der hoofdbeginselen van elk „Theilentwurf“ door het plenum, na den voorbereidenden arbeid der redacteurs, en de beslissing van geschillen tusschen dezen aangaande de grenzen van ieders arbeidsveld en gemeenschappelijke leerstukken. Ook wat betreft dit een en ander sloot de wetgevende commissie zich in hoofdzaak aan bij de denkbeelden der voorcommissie.

Meer verschil was er tusschen de beide commissiën omtrent de verdeeling van den arbeid tusschen de redacteurs. De wetgevende commissie maakte geen splitsing tusschen de verschillende deelen van het zakenrecht en wees daarvoor dus niet twee redacteuren, maar slechts één redacteur aan; voorts voegde zij het huwelijksgoederenrecht bij het familierecht, niet bij het erfrecht; eindelijk, wat het voornaamste was, benoemde zij reeds dadelijk een redacteur voor het algemeene deel, omdat zij van oordeel was, dat dit afzonderlijk en gelijktijdig met al de onderdeelen van het bijzondere deel — zakenrecht, obligatierecht, familierecht en erfrecht — moest worden ontworpen, en dus niet eerst ontstaan door een soort van afscheidingsproces van algemeene bepalingen, die aanvankelijk in het bijzondere deel zouden worden opgenomen, waartoe de voorcommissie had geadviseerd. Er werden alzoo, na vaststelling van het werkplan, benoemd vijf redacteurs, één voor het algemeene deel, één voor het obligatierecht, één voor het zakenrecht, één voor het familierecht (met inbegrip van het voogdij- en huwelijksgoederenrecht) en één voor het erfrecht.

De samenstelling dezer vijf ontwerpen duurde veel langer dan de commissie zich aanvankelijk had voorgesteld, en toen, na verloop van zeven jaren (Oct. 1881), de vier overige gereed waren om aan de debatten der commissie te worden onderworpen, ontbrak nog altijd het vijfde over het obligatierecht (Recht der Schuldverhältnisse) wegens eene ernstige, in den aanvang van 1884 met den dood geëindigde ziekte van den daarmede belasten redacteur, Dr. von Kübel. De commissie was dus wel genoodzaakt, zoude het werk niet opnieuw jarenlang worden opgehouden, met afwijking van haar oorspronkelijk plan, voor de leer der verbintenissen het zoogenaamde Dresdener Ontwerp aan hare beraadslagingen ten grondslag te leggen.

Zes jaren (1 Oct. 1881—30 Sept. 1887) gingen voorbij met de behandeling en eindelijke vaststelling van dit ontwerp en de vier „Theilentwürfe".

Drie maanden werden nu nog gewijd aan eene laatste revisie van het „Gesammtentwurf", dat den 27sten December 1887 door den president der commissie den Rijkskanselier werd overhandigd.

De Bondsraad besloot in zijne zitting van 31 Jan. 1888 het in eerste lezing vastgestelde Ontwerp met de „Motive" openbaar te maken. De Rijkskanselier, wien de uitvoering van dit besluit was opgedragen, belastte de firma J. Guttentag (D. Collin) te Berlijn en Leipzig met de uitgave van dit uitgebreide werk, dat nu nog in den loop van het jaar 1888 geheel was gedrukt en verspreid. Het Ontwerp vult een groot 8° boekdeel van 516 bladzijden, de „Motive" zijn verdeeld in vijf deelen, die te zamen uit niet minder dan 4144 bladzijden bestaan [1]).

Een woord vooraf over die „Motive", om er dan later niets meer van te zeggen. Eene memorie van toelichting dient om

---

[1]) Dl. I, Allgem. Th., 395 bl. Dl. II, Recht der Schuldverhältnisse, 895 bl., Dl. III, Sachenrecht, 869 bl., Dl. IV, Familienrecht, 1274 bl., Dl. V, Erbrecht, 711 bl.

het systeem der wet, voorzoover dit uit haar indeeling en tekst niet bij den eersten oogopslag blijkt, duidelijk uiteen te zetten; den weg, dien zij heeft ingeslagen, waar ook een andere weg had kunnen zijn betreden, te verdedigen; en eindelijk, waar twijfel ook bij de meest zorgvuldige redactie mogelijk blijft, tot tekstverklaring, maar dit niet dan met de meeste spaarzaamheid, daar de wet voor zich zelve moet spreken, en ook een officiëele commentaar de gebreken der wet zoomin kan verbeteren als zij hare leemten vermag aan te vullen. Beknoptheid, die betrekkelijke volledigheid niet uitsluit, is eene deugd der wet. Zij is het niet minder van de memorie van toelichting, vooral met het oog op haar naaste doel, dat geen ander is dan hun, die geroepen worden tot de vaststelling der wet, juristen en leeken, de laatste niet het minst, in te lichten omtrent den inhoud en de strekking van het ontwerp.

Aan dat doel voldoen de *Motive* van het Duitsch Ontwerp allerminst, al ware het alléén om haar ongehoorden omvang. Wie heeft tijd om een boek van meer dan 4000 compres gedrukte bladzijden te doorworstelen? Hier en daar moge men het raadplegen, en dan niet altijd met vrucht, omdat het zich juist niet uitlaat over de vragen, welker beantwoording men er in zoekt, maar bij die sporadische raadpleging blijft het dan ook voor verreweg de meesten, zoo niet voor allen.

Dit alles daargelaten, is de waarde van deze „Motive“ als „Motive“ gelijk nul; omdat zij, onder het toezicht van de respectieve redacteurs der „Theilentwürfe“ bewerkt, niet aan het onderzoek en de goedkeuring der commissie werden onderworpen, alzoo niet zijn een orgaan, waardoor de auteur van het Ontwerp — het „Gesammtentwurf“ — spreekt [1]).

Met de inlevering van dit ontwerp bij den Bondsraad had de commissie haar taak niet geheel afgesponnen. Nog moest

---

[1]) Hölder, *zum Allg. Th.*, bl. 4, 5; *Vortrag*, bl. 30; — Bekker, *Syst. und Sprache*, bl. 77, 78.

de Invoeringswet, waarvoor de redacteuren der „Theilentwürfe“, ieder wat betreft zijn onderwerp, reeds veel gegevens hadden verzameld, en waarnaar het ontwerp-wetboek in een zeer groot aantal artikelen verwijst, worden ontworpen. Spoedig was de commissie ook daarmede gereed. Het ontwerp der Invoeringswet, bestaande uit 123 artt. en een niet veel geringer aantal onder-artt. — nieuw voorgestelde § § van rijkswetboeken of wetten —, met „de Motive“ weder een eerbiedwaardig gr. 8° boekdeel van X en 314 bladzijden, is ook reeds door den druk openbaar gemaakt en verspreid.

De tweede afdeeling van dit ontwerp regelt de verhouding van het burgerlijk wetboek tot de rijkswetten, de derde de verhouding van dat wetboek tot de landswetten.

Art. 9 houdt de voorschriften der rijkswetten in stand, voorzoover het Burgerlijk Wetboek of de Invoeringswet daarin geen verandering brengt. Ten aanzien der landswetten bepaalt art. 32 juist het tegendeel, waar het deze buiten kracht stelt, voor zoover het Burgerlijk Wetboek of de Invoeringswet haar niet in stand houdt.

Als men nu ziet:

eensdeels, dat wel vele tekstueele wijzigingen worden gebracht in de rijkswetboeken, die het procesrecht regelen — met inbegrip van de „Konkursordnung“ —, ten einde deze in overeenstemming te brengen met het burgerlijk wetboek [1]); maar dat, op eene enkele uitzondering na [2]), het aanzienlijk aantal rijkswetten, die onderwerpen van privaatrecht regelen [3]), sommige met enkele wijzigingen [4]), de meeste geheel ongewijzigd, blijven gelden naast het wetboek;

anderdeels, dat de derde afdeeling der ontworpen invoeringswet in eene reeks van 60 artt. (32—91), die bijna alle

[1]) Artt. 11—17.

[2]) De wet over de bij overeenkomst bedongen renten (vertragsmäszigen Zinsen) van 14 Nov. 1867, welker intrekking wordt voorgesteld bij art. 21 Ontw. inv. wet. Zie *Mot.*, bl. 134.

[3]) Daarvan werden reeds eenige als voorbeeld genoemd, boven bl. 106.

[4]) Artt. 19—31.

aanvangen met de woorden „unberührt bleiben", een overgroot aantal onderwerpen van privaatrecht — bij name, die welke in eenig verband staan met het publiek recht, — aan de landswetten overlaat;

dan is het voor een ieder duidelijk, dat dit ontwerp van een burgerlijk wetboek, zoo het wet wordt, niet zal zijn eene volledige codificatie van het in het Duitsche Rijk geldende burgerlijke recht, en dat ook onder die codificatie nog heel wat zal ontbreken aan de lang gewenschte rechtseenheid op het gansche rijksgebied, waar zooveel aan de landswetgeving wordt overgelaten.

In dat opzicht wekte het Ontwerp teleurstelling [1], maar waarlijk niet in dat opzicht alléén, gelijk zal blijken uit wat ik nu nog in het kort wensch mede te deelen over de ontvangst van het werk der commissie, de critiek, waaraan het werd onderworpen.

V.

In de officiëele uitgave gaat aan het Ontwerp vooraf een kort bericht van het rijksministerie van justitie over de samenstelling van dit groote werk. Het slot van dit bericht bevat eene uitnoodiging tot veelzijdige critiek van den van regeeringswege openbaar gemaakten arbeid in de volgende woorden:

„Es kann nur wilkommen sein, wenn nicht blos die Vertreter der Rechtswissenschaft und die zur Rechtspflege „Berufenen, sondern auch die Vertreter wirthschaftlicher „Interessen von demselben Kenntnisz nehmen und mit deren „Urtheilen und Vorschlägen zur Verwerthung für die weitere „Beschluszfassung über den Entwurf hervortreten. Solche „Kundgebungen können bei dem Reichskanzler (Reichs-Justiz„amt) eingereicht werden".

---

[1] Vgl. Bekker, *System und Sprache des Entw. eines Bürg. Gesetzbuches*, § 2 en § 4; Gierke, *der Entw. eines bürg. Gesetzbuches und das deutsche Recht*, bl. 6, 7, verg. bl. 94 vlg.

Aan deze uitnoodiging is niet of schaars voldaan door de vertegenwoordigers der economische belangen, in het algemeen door het Duitsche volk, dat niet helder schijnt in te zien, dat het bij eene geheel nieuwe regeling van het burgerlijk recht te doen is om zijne zaak, niet om die van de juristen en hunne wetenschap. „Der Nation im ganzen" — aldus de Berlijnsche hoogleeraar Gierke in zijne critiek van het Ontwerp [1]) — „ist noch nicht die leiseste Ahnung davon „aufgedämmert was man eigentlich mit ihr vorhat". Dat stilzwijgen, die onthouding, zal wel voor een goed deel te wijten zijn aan den streng dogmatischen vorm, de voor mannen van het vak niet zonder groote inspanning verstaanbare, voor leeken schier onverstaanbare taal van het Ontwerp. Slechts over ééne bijzondere, voor den landbouw zeer belangrijke bepaling van het Ontwerp ontstond een eenigszins levendige strijd in de niet-rechtsgeleerde bladen. Ik bedoel den regel „koop breekt huur" [2]), eene nieuwigheid voor de Duitsche landen, waar het Pruisische Landrecht of de Code Napoléon geldt. Zij is van groot gewicht voor de algemeene critiek van het geheele Ontwerp, omdat uit dit voor ieder begrijpelijk voorbeeld blijkt, hoezeer de commissie doordrongen was van een romaniseerenden geest, die er toe moest leiden elk zakelijk gevolg aan de huurovereenkomst te ontzeggen.

Kwam de critiek buiten de rechtsgeleerde wereld weinig of niet aan het woord, in die wereld deed zij zich des te krachtiger gelden. Aan het sedert jaren in wording zijnde plan, dat eindelijk belichaamd was in het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk, wijdden de Duitsche juristen hunne onverdeelde aandacht. Zoo ongeveer sprak Prof. Gierke in de schitterende voordracht, door hem den 5[den] April van dit jaar gehouden in het rechtsgeleerd genootschap te Weenen, en te Berlijn in druk verschenen onder den titel: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* [3]). De waar-

[1]) t. a. p., bl. 74.
[2]) §§ 509—511, *Mot.*, II, 580 vlg.
[3]) Aldaar, bl. 4.

heid van dat woord bewees de schrijver door het beknopte overzicht der nu reeds verbazend uitgebreide literatuur over het Ontwerp, een overzicht, voorafgaande aan zijne zeer onlangs in één boekdeel van bijna 600 bladzijden verzamelde, oorspronkelijk fragmentarisch in *Schmoller's Jahrbuch* verschenen critiek van het Ontwerp.

Alle gezaghebbende Duitsche tijdschriften over privaatrecht leverden bijdragen tot die critiek. Daarvoor alleen verschenen daarenboven verzamelwerken: de *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes*, bijeengebracht door de hoogleeraren Bekker en Fischer, en de *Gutachten aus dem Anwaltstand*, eene uitgaaf van het „Anwalt-Verein". Van de eerste verzameling zagen, voor zoover mij bekend, reeds 16, van de tweede 10 bundels het licht. Eindelijk sprak de critiek van het Ontwerp zich nog uit in een groot aantal afzonderlijke geschriften, waaronder sommige van aanzienlijken omvang.

Deze breede literatuur over het Ontwerp — eene kleine bibliotheek — kan worden gesplitst in twee groepen: geschriften, die het werk als geheel tot onderwerp hebben, en geschriften, waarin alléén of hoofdzakelijk deelen of onderdeelen daarvan worden besproken. Van de laatste, hoe belangrijk ook, spreek ik hier in het geheel niet. Van de eerste noemde ik reeds de zaakrijke „Entstehungsgeschichte" van Vierhaus en het magistrale werk van den grooten Germanist Gierke. Ik vermeld nu nog alleen Bekker's voortreffelijke verhandeling over het systeem en de taal van het Ontwerp (Heft 2 der *Beiträge*), de scherpzinnige *Kritische Erörterungen* van Dr. L. Goldschmidt, de *Codificationsfragen* van Prof. Dr. Zrodlowski, *die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht* van den bekenden criminalist Dr. F. von Liszt (Heft 5 der *Beiträge*) en eindelijk eene voordracht van Prof. Dr. Hölder, gehouden in het juridisch genootschap te Weenen, die zich evenals zijne degelijke en leerrijke critiek van het Algemeene Deel door groote helderheid onderscheidt.

In bijzonderheden bestaat er natuurlijk verschil tusschen deze schrijvers, die hunne bedenkingen ook uitdrukken in verschillenden vorm, de een scherper dan de andere, maar die toch in hoofdzaak overeenstemmen in hunne zeer ongunstige, om niet te zeggen vernietigende critiek.

Allen brengen als om strijd hulde aan de groote toewijding, waarmede de commissie de met moed aanvaarde taak na een bijna onafgebroken arbeid van dertien jaren, waarvoor een schat van materialen is verzameld en verwerkt, heeft ten einde gebracht; maar allen zijn het ook daarover eens, dat het resultaat niet gelukkig was.

De Romanist Bekker resumeerde zijn oordeel over het Ontwerp in deze vier woorden: niet wetenschappelijk, maar doctrinair [1]). De Germanist Gierke komt tot geene andere conclusie [2]), die ook het gevoelen uitdrukt van vele andere door hem aangehaalde Duitsche juristen, corypheeën op het gebied van het privaatrecht.

Het Ontwerp moge menig goed gelukt onderdeel bevatten, als geheel is het niet Duitsch, spreekt het geen Duitsch tot het Duitsche volk, is het daarom voor dat volk een gesloten boek, mist het scheppende kracht, beantwoordt het niet aan de zedelijke en sociale eischen, die men in onze dagen aan eene nieuwe codificatie van het privaatrecht moet stellen. Wat het ons aanbiedt is in zijne kern niets anders dan een in wetsartikelen gegoten pandektencompendium, zooals van zelf spreekt met belangrijke concessiën aan het Duitsche en moderne recht, met weglating van vele nog vegeteerende Romeinsche instituten en met opneming van menige inheemsche rechtsinstelling, zonder welke nu eenmaal een wetboek in onzen tijd niet denkbaar is; maar de constructie van het geheel is ontleend aan de gedachtenwereld der Romeinsche doctrine, waarin het Duitsche recht slechts als een vreemd

[1]) *Syst. und Sprache*, bl. 67.
[2]) Gierke, *der Entw. eines bürg. Gesetzb. und das deutsche Recht*, bl. 18, 19.

bestanddeel is opgenomen op zoodanige wijze, dat het de zuivere lijnen van het classieke gebouw zoo weinig mogelijk stoort.

Met iederen zin wendt dit wetboek zich tot den geleerden jurist, maar tot het Duitsche volk spreekt het niet — niet tot zijne ooren, gezwegen nog van zijn hart [1]).

Het vonnis is streng; maar ook ongerechtvaardigd?

Mij dunkt, een niet-Duitsch jurist, die, staande buiten den strijd der Romanisten en Germanisten, trouwens hier over het algemeen eenstemmig in hun afkeurend oordeel, onbekommerd over de vraag, of de Duitsche staatkundige eenheid de aanneming zelfs van een mislukt burgerlijk wetboek eischt, aan dit Ontwerp zijne aandacht wijdt, zonder eenige voor- of tegeningenomenheid, zal bezwaarlijk een gevoel van teleurstelling kunnen onderdrukken.

Hoog is het standpunt, door de wetenschap van het recht — die van het privaatrecht niet het minst — in Duitschland ingenomen; maar met wetenschap alléén, hoe breed en diep ook, maakt men geen wetboek. De wetgeving, de codificatie is eene kunst.

Dit werd reeds helder in het licht gesteld door von Savigny [2]), daarop wees ook Prof. Opzoomer, toen hij voor een zestiental jaren in deze afdeeling der Akademie sprak over „onze achterlijkheid in de kunst van wetgeving". De vorm is bij de codificatie van niet minder gewicht dan de inhoud. De taal der wet is — volgens de treffend juiste uitdrukking van Gierke [3]) — niet slechts het kleed, maar in waarheid het lichaam (*die wahre Leiblichkeit*) der gedachte.

De gedachte dringt alleen door tot het volk, als zij klaar en aanschouwelijk is uitgedrukt in de wet.

Voor den Duitscher niet in het Latijn, zooals nu nog in de landen en gewesten waar het gemeene recht geldt, maar

---

[1]) Aldaar, bl. 2, 3.

[2]) *Vom Beruf*, bl. 24 vlg. verg. 155 vlg. Zie ook Goldschmidt, *Erörterungen*, bl. 55.

[3]) t. a. p., bl. 27.

evenmin in het vertaald Latijn, het juristenduitsch der pandectenleerboeken, waarvan het Ontwerp zich niet los heeft gemaakt. „Es ist derselbe doctrinäre Geist, dem das volks-„widrige Juristendeutsch und das volkswidrige Juristenrecht „entflossen sind" [1]).

Van dat onduitsche juristenduitsch vindt men een sprekend voorbeeld onder vele in het ruime gebruik der woordelijk uit het Latijn vertaalde en eigenlijk alleen voor hen, die met de Romeinsche rechtsbronnen bekend zijn, verstaanbare uitdrukking „die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" (*diligentia boni patrisfamilias*). Zij komt voor in niet minder dan 22 paragrafen [2]) van het Ontwerp, en wel het eerst in § 144, die het begrip van *Fahrlässigkeit* (culpa) — ook in het strafrecht van het hoogste belang, maar niettemin in het rijksstrafwetboek niet omschreven [3]) — niet veel duidelijker maakt dan het zonder definitie zoude zijn, waar gezegd wordt, dat „Fahrlässigkeit" bestaat, wanneer de zorg van een goed huisvader niet wordt aangewend, en „grobe Fahrlässigkeit" *(culpa lata)*, wanneer de zorg van een goed huisvader op bijzonder zware wijze wordt veronachtzaamd.

Uit dit voorschrift in het algemeene deel volgt, dat men met „den goeden huisvader" te rekenen heeft niet alleen in de 22 §§ van het bijzondere deel, waarin deze uitdrukking zelve voorkomt, maar niet minder in alle gevallen, waarin het op de aansprakelijkheid wegens schuld (*Fahrlässigkeit*) aankomt [4]). Had men den braven man, al vervult hij in de wetboeken van de eerste helft dezer eeuw — ook in het onze — nog een hoofdrol, had men den „richtigen deutschen Durchschnittsphilister", zooals von Liszt hem zeer oneerbiedig noemt [5]), niet eindelijk eens in dit nieuwe wetboek kunnen missen, gelijk men het zonder hem heeft gedaan in het

---

1) Gierke, t. a. p., bl. 589.
2) Aangehaald *Mot.*, I, 279, in de noot.
3) v. Liszt, *die Grenzgebiete*, bl. 16.
4) Zie onder meer § 224 en § 784.
5) *Die Grenzgebiete*, bl. 16.

Handelswetboek, of was het bepaald noodig ook nu nog te vorderen van de actrice, dat zij ter vervulling van haar contractueele verplichting speelt, van de danseres, dat zij danst, van de keukenmeid dat zij kookt en hare inkoopen op de markt doet als een goed huisvader? Er zijn er, die dit met Gierke [1]) betwijfelen.

Tegen de taal van het Ontwerp doen zijne beoordeelaars niet als eenig, niet als grootste bezwaar gelden, dat zij wel eens meer heeft van vertaald Latijn dan van Duitsch. Niemand heeft er zoozeer den staf over gebroken als Gierke [2]), die haar hoofdzonden samenvat in de drie woorden: zwaar (schwerfällig), gekunsteld en onverstaanbaar [3]). Bekker, een der scherpzinnigste, tevens een der bezadigdste beoordeelaars van het Ontwerp [4]), weet, na herinnerd te hebben, dat de taal algemeen is veroordeeld, zelfs van de meeste bevriende zijde, er slechts één lof aan toe te kennen, een lof echter, die klinkt als de scherpste critiek: „Sie (die Sprache) entspricht dem Inhalt. „Derselbe Geist, der über den Gedanken gewaltet, hat auch „den Ausdruck bestimmt. Hier wie dort fehlt der natürliche „gesunde Flusz, das Bild der Kraft und Schaffensfreudigkeit. „Aengstliche Gewissenhaftigkeit, Fleisz und Tüftelei sichern „keinen glücklichen Wurf, wahrscheinlich wäre vieles besser „gerathen, wenn nicht alles so gar vortrefflich, mustergültig „und tadellos hätte gesagt werden sollen" [5]).

In vitium ducit culpae fuga, si caret arte.

Men behoeft er waarlijk niet aan te twijfelen, dat de auteurs van het Ontwerp de grootst mogelijke zorg hebben gewijd aan den vorm van hun werk.

Alleen hunne zorgvuldigheid was in dit opzicht te groot,

---

[1]) bl. 39.

[2]) Abschn. I, Sprache und Fassung des Entw. (bl. 27 vlg.)

[3]) aldaar, bl. 62.

[4]) De bezadigdheid raakt bij Gierke, hoe voortreffelijk overigens zijne critiek moge zijn, wel eens zoek.

[5]) Bekker, *System und Sprache*, bl. 50.

van hunne „Ueberängstlichkeit“ [1]) draagt het geheele werk de duidelijkste sporen, nergens laten zij zich gaan met het vertrouwen, dat den auteur, die zijne stof meester is, van zelf de juiste uitdrukking voor zijne gedachten in de pen geeft.

Van wat men in den regel noemt casuïstiek, regeling van bijzondere gevallen in concreto, is het Ontwerp afkeerig, maar in de plaats daarvan geeft het ons wat Gierke niet oneigenaardig noemt „eine abstracte Kasuistik, welche die allgemei„nen Regeln selbst in höchst verwickelte und undurchsichtige „Formeln verwandelt“ [2]). Er was bij de commissie een zeker streven om alle denkbare met sommige niet denkbare, althans nooit voorkomende, gevallen samen te vatten in regels, die dan altijd nog bij voorkeur zoo worden geredigeerd, dat zij, met een „es sei denn“, een „wenn nicht“ of dergelijke uitdrukking, de uitzonderingen, ook die waaraan geen mensch kan twijfelen, tevens omvatten of daarheen verwijzen. Wat men bij deze methode, die den stijl van het Ontwerp, hoeveel zorg daaraan ook is besteed, ongenietbaar maakt, mist, zijn die kernachtige, korte voorschriften, zooals:

la recherche de la paternité est interdite,
en fait de meubles possession vaut titre,

die zich van zelf in het geheugen prenten, en die, naar het getuigenis van geen mindere dan Bekker, den Code civil zelfs in Duitschland eene betrekkelijk grootere populariteit verzekerden dan den nieuweren Duitschen wetboeken.

De groote breedsprakigheid van het Ontwerp, de zucht om alles te zeggen en niets aan het begrip van hen, die de wet hebben toe te passen, over te laten, openbaart zich ook in een zeer groot aantal geheel overbodige voorschriften, gevolgtrekkingen uit regels, die elders zijn gesteld, of waarheden, zoo ontwijfelbaar, dat haar uitdrukking in de wet aan het naïeve grenst.

---

[1]) Goldschmidt, *Kritische Erörterungen*, bl. 121.
[2]) Gierke, bl. 58; Bekker, bl. 50 vlg.; Goldschmidt, bl. 121—169.

Zoo vond de commissie — om een paar voorbeelden uit vele tientallen te noemen — het niet onnoodig in § 942 te zeggen, dat de revindicatie is uitgesloten ingeval de bezitter of houder uit hoofde van een recht op de zaak of van eene persoonlijke vordering gerechtigd is de zaak onder zich te houden, en zoo bevat § 1245 het verrassende nieuws, dat de ambtenaar van den burgerlijken stand niet met zijne bruid voor zich zelven kan verschijnen om zijn eigen huwelijk te sluiten.

Ik zal niets meer zeggen over den vorm, de techniek van het Ontwerp. Eene zelfstandige critiek, zelfs daartoe beperkt, zoude veel meer eischen dan ik van des lezers aandacht mag vergen.

Wat ik aanstipte is voldoende om te doen uitkomen, dat de door vele anderen geleverde critiek ook in dit opzicht niet is ongemotiveerd.

VI.

Over het stelsel van het Ontwerp slechts enkele opmerkingen.

Dat stelsel spreekt uit de indeeling. Het is het bekende „Pandectensysteem", ook gevolgd in het Saksische wetboek van 1863, wel te weten het pandectensysteem der Duitsche leerboeken, wat niemand verwarre met het systeem der Pandecten, ook zoo er nog zijn, die in een systeem der Justiniaansche compilatie gelooven.

Het Ontwerp is verdeeld in vijf deelen. Na het Algemeene deel (I) volgen het Obligatierecht (*Recht der Schuldverhältnisse*) (II), het Zakenrecht (III), het Familierecht (IV) en het Erfrecht (V).

Eene weinig belangrijke afwijking van de gewone, ook nog in het Saksische wetboek inachtgenomen volgorde is, dat het recht der verbintenissen voorafgaat aan het zakenrecht. Van vrij wat meer beteekenis is het behoud van het algemeene deel, aan den Code en ons Wetboek onbekend

en ook in het Ontwerp tot herziening van dat wetboek niet opgenomen. De Staatscommissie, belast met de samenstelling van dat ontwerp, was, blijkens haar rapport aan den Koning [1]), van oordeel, dat de Duitsche „methode", waarin aan het algemeene deel zijne plaats is aangewezen, „al moge zij „voor een wetenschappelijk werk aanbeveling verdienen, „voor een wetboek geene in het oog loopende voordeelen „oplevert, en dat eene algeheele omwerking naar den uiter„lijken vorm te minder wenschelijk is, waar men slechts „herziening en aanvulling der bestaande wet beoogt".

Over de noodzakelijkheid van een algemeen deel van een wetboek, evenals van een leerboek, voor het privaatrecht wordt ook in Duitschland verschillend gedacht.

De voorcommissie was van meening, dat een algemeen deel „wenngleich von nur mäszigem Umfang" niet kon worden gemist. Het is duidelijk, dat zij dien matigen omvang dacht te bevorderen en te waken, dat buiten het algemeen deel bleef, wat hetzij daarin, hetzij in het geheel in een wetboek niet behoort — gelijk de meeste bepalingen der inleiding van de eerste Ontwerpen van ons Burg. Wetb. (1816, 1820) — door haar voorstel om niet van het algemeene af te dalen naar het bijzondere deel, maar bij de bewerking van dit laatste daaruit gaandeweg te verwijderen wat van algemeene toepassing is [2]).

De justitiëele sectie van den Bondsraad, in welker handen het advies der voorcommissie werd gesteld, was van oordeel, dat men in dit opzicht der wetgevende commissie de vrije hand moest laten en afwachten, of en, zoo ja, in welken omvang eene inleiding of verzameling van algemeene rechtsvoorschriften haar noodig zoude voorkomen. De sectie schijnt zich echter bewust te zijn geweest, dat het gevaar voor doc-

[1]) Uitgaaf van het Ontwerp bij Gebr. Belinfante ('s Gravenhage, 1886) bl. VI.

[2]) „Nicht von dem Allgemeinen zum Besonderen herabzusteigen, vielmehr ausgehend von dem Besonderen das Allgemeine aus diesem allmählig auszuscheiden". Vierhaus, bl. 54.

trinarisme, waarvan de wetgever zich streng moet onthouden, vooral groot is in het algemeene deel, al bestaat het daarbij waarlijk niet alleen.

Althans zij achtte het noodig, met een beroep op Jhering in herinnering te brengen „dass die Präzipitirung der Rechts„sätze zu Rechtsbegriffen die wissenschaftliche Auffassung „und Behandlung eines Rechtes von der Darstellung des„selben in einem Gesetzbuche scheide, dass der Gesetzgeber „sich darauf beschränken könne, seine Anforderungen in „ihrer ursprünglichen, ummittelbaren, praktischen Form aus„zustellen".

Goldschmidt (bl. 54) noemt dat gulden woorden, en hij staat waarlijk niet alleen in zijne meening, dat de auteurs van het Ontwerp de daarin uitgesproken waarheid niet uitsluitend in het algemeene deel uit het oog verloren [1]).

Prof. Hölder, die het algemeene deel aan eene in den vorm zeer gematigde en tevens opbouwende critiek onderwierp [2]), maakt zich over de vraag zelve, of een wetboek zoodanig algemeen deel moet hebben, niet warm. Hij meent, dat veel, wat men daaronder brengt, ook in de eene of andere afdeeling van het bijzondere deel onder dak zoude kunnen worden gebracht. Veel, maar ook alles? B. v. de bepalingen over de rechtspersoonlijkheid, over het domicilie, over het bewijs, voorzoover dit niet van formeelen aard is, over de exstinctieve verjaring (*Anspruchsverjährung*, Th. I, T. VII)? Ik betwijfel dit bij name ten aanzien van de twee laatstgemelde onderwerpen, waarmede onze wetgever blijkbaar geen raad wist, toen hij eenmaal, in afwijking van de eerste ontwerpen, besloten had het materiëele actiënrecht buiten het Burg. Wetb. te laten. Ik betwijfel het meer nog ten aanzien van de vaststelling der plaatselijke en tijdelijke grenzen der heerschappij van het privaatrecht, een onderwerp

---

[1]) Vgl. Bekker, § 6 vlg., bl. 21 vlg.; Gierke, bl. 55, 117, 586, 587 en op vele andere plaatsen.

[2]) *Zum Allg. Theil des Entw. eines deutschen Bürg. Gesetzb.*, Freiburg, 1888.

intusschen, waarover het Duitsche Ontwerp een diep stilzwijgen bewaart, terwijl het al dadelijk begint met eene zuiver doctrinaire, zeer ongelukkig geredigeerde bepaling over de analogie, waaraan de verouderde onderscheiding tusschen wets- en rechtsanalogie ten grondslag ligt (§ 1), spoedig gevolgd door de uitdrukking der onbetwistbare waarheid, dat 's menschen rechtsbevoegdheid begint bij zijne geboorte om te eindigen met zijn dood (§ 3). Komt er alzoo — ik noemde hier slechts een paar voorbeelden — in het algemeene deel nog al het een en ander voor, dat geheel zoude kunnen worden gemist, omdat het de sanctie der wet niet behoeft, soms ook stuit men op détails, zooals er zijn in den titel over de verklaring van vermoedelijk overlijden, die men hier niet zoude zoeken [1]).

Eene ernstiger grief is deze, dat, terwijl een onbetwistbaar voordeel van een algemeen deel hierin bestaat, dat door met genoegzame ruimte gestelde algemeene voorschriften menige op gelijken grondslag rustende bepaling in het bijzondere deel kan worden gemist — men denke slechts aan de bijna gelijkluidende voorschriften, die ons Wetboek inhoudt over de uitlegging van eenzijdige wilsverklaringen (testamenten) en meerzijdige wilsverklaringen (overeenkomsten) [2]) —, het Ontwerp dit voordeel meermalen verijdelt door voor een speciaal geval in het bijzondere deel te herhalen wat reeds uit een regel van het algemeene deel volgt. Ik noem daarvan hier slechts één voorbeeld. Terwijl § 64 zeker wel ten allen overvloede zegt, dat wilsverklaringen van handelingsonbevoegde (geschäftsunfähige) personen, zooals kinderen en krankzinnigen, nietig zijn, werd het noodig geacht in § 1231 nog eens te verklaren, dat een handelingsonbevoegde geen huwelijk kan sluiten, alsof een huwelijk zonder wilsverklaring mogelijk ware [3]).

---

[1]) „Die Bestimmungen sind minutiös. Zumeist gehören sie in der Civilprocessordnung". Zrodlowski, *Codificationsfragen*, bl. 46.

[2]) artt. 932—934, 1378—1380 B. W.

[3]) Zie ook § 1252, 2e lid, in verband met § 108, § 1778 in verband met § 73 van het Ontwerp.

Gierke, die in het algemeen weinig te prijzen vindt in het Ontwerp, heeft er geen bezwaar tegen, dat dit zich in uiterlijken vorm en indeeling aansluit bij het Duitsche pandectensysteem. Hij doet echter uitkomen, dat naarmate men het algemeene deel meer beperkt tot wat werkelijk algemeen is en dus inkrimpt, het bijzondere deel behoefte heeft aan verruiming [1]. Alles wat het personenrecht of, in subjectieven zin gesproken, de individueele of persoonlijke rechten betreft, moet dan in eene nieuwe afdeeling van het bijzondere deel zijne plaats vinden [2]. „Een vermogen" — zegt Bekker, om nevens den Germanist een Romanist te noemen — „bestaat „thans niet meer uit twee, maar uit drie groote groepen van „rechten, vermits bij de zakelijke rechten en de verbintenissen „gekomen zijn de rechten op onlichamelijke zaken" [3]. Absolute rechten, slechts ten deele erkend en geregeld in bijzondere rijkswetten, zooals die op het auteursrecht, op de octrooien en op de fabrieksmerken, vallen buiten het kader en buiten het systeem van het Ontwerp. Het ignoreert ze, ja het negeert ze, waar § 778 verklaart, dat zaken in den zin der wet, alzoo rechtsobjecten, rechtsgoederen, alleen zijn lichamelijke voorwerpen, waartoe noch mijne vrijheid, noch mijn leven, noch mijne gezondheid, noch mijne eer, noch mijn geslachtsnaam, noch de reproductie der voortbrengselen van mijn geest kan worden gebracht. Merkwaardig is het, dat de auteurs van het Ontwerp, schromende in hun stelsel een

---

[1]) bl. 82. „Wird der Allgemeine Teil auf die Bestimmung der Voraussetzungen, der Elemente, der durchgehenden Entstehungs-, Veränderungs- und Aufhebungsformen und des Schutzes der Privatrechtsverhältnisse beschränkt, so müssen die besonderen Teile für alle einzelnen Gattungen von Privatrechtsverhältnissen Raum haben".

[2]) bl. 83. „Ein vollständiges Privatrechtssystem müsste also zunächst einen besonderen Abschnitt zur Aufnahme der Persönlichkeitsrechte bilden". Vgl. v. Liszt, *die Grenzgebiete etc.* bl. 4 vlg. Zie ook de verhandeling van Prof. Drucker over *Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn* in *Rechtsg. Mag.*, VIII, bl. 1 vlg., 369 vlg., speciaal aldaar, bl. 11—17.

[3]) Bekker, bl. 4.

eigenlijk recht van den persoon op zijn leven, zijn gezondheid, zijne vrijheid en zijn eer te erkennen, in § 704, 2e lid, schreven, dat de krenking van dit een en ander niet is, maar moet worden aangemerkt als de krenking van een recht [1]). Worden alzoo onze hoogste „immateriëele rechtsgoederen" [2]) alléén langs een omweg, door eene fictie, onder de bescherming van private rechtsmiddelen — de rechtsvordering uit onrechtmatige daad — gesteld, andere worden, in strijd met het denkbeeld van codificatie, overgelaten aan bijzondere rijkswetten, ten aanzien van andere eindelijk, b.v. het voeren van een eigen geslachtsnaam, blijft de onzekerheid bestaan, of de wet een uitsluitend recht daarop erkent en beschermt [3]).

Zeker getuigt dit alles niet van eene breede opvatting van des wetgevers taak bij de codificatie van het privaatrecht in zijne tegenwoordige ontwikkeling. Dat het Ontwerp zich bij voorkeur houdt binnen de grenzen van het zuivere, overgeleverde privaatrecht, zooveel mogelijk vrij van niet-Romeinsche bestanddeelen, blijkt ook hieruit, dat daarin weinig te zoeken is — gelijk Bekker (bl. 5) zegt —, 't welk niet in een pandectensysteem pleegt te staan, dat het niet alleen den grooten socialen vraagstukken van onzen tijd zorgvuldig uit den weg gaat [4]), maar ook angstvallig vermijdt elk gebied van het privaatrecht te betreden, dat in eenigszins nauwe aanraking komt met het publiek recht [5]). Zoo laat het

---

[1]) § 704, 2e lid. „Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen". Vgl. *Motive*, II, 728. — Gierke, bl. 84.

[2]) *Motive*, I, 271. — von Liszt, bl. 6.

[3]) *Motive*, IV, 1005, 1006. — Gierke, bl. 86; von Liszt, bl. 7.

[4]) Gierke, bl. 92, 93 in verband met 245—247, 280.

[5]) Gierke, bl. 108; Bekker, bl. 4, 5. – Einf. Gesetz, §§ 33 vlg.

Ontwerp zich volstrekt niet in met het waterrecht, het boschrecht, het dijkrecht, het jachtrecht, het vischrecht, de onteigening en al wat meer geacht kan worden op eenig grensgebied tusschen het burgerlijk- en staatsrecht gelegen te zijn. Ja het Ontwerp gaat hier in zijne angstvalligheid zoover, dat het in den langen en breedsprakigen titel over de rechtspersonen (I, III), de meest principiëele vragen, hoe vereenigingen rechtspersoonlijkheid verkrijgen en verliezen, of voor de oprichting van stichtingen tusschenkomst van overheidswege wordt vereischt, en hoe het staat met de rechtspersoonlijkheid van den fiscus, overlaat aan de landswetten, voor zoover rijkswetten daarin niet door speciale voorschriften voorzien [1]).

VII.

Romeinsch of Germaansch? Deze vraag, die onmiskenbaar in verband staat met wat Bekker noemt de omgrenzing van het Ontwerp [2]), laat den uitnemenden Romanist tamelijk koel. „Germaansch of Romeinsch“ — zoo drukt hij zich uit [3]) — „dat heeft voor ons niet meer te beteekenen dan het er voor „den soldaat op aankomt, of het zwaard, dat hij voert, gelijk „is aan dat van hen, die streden in de Romeinsche legioenen, „of aan dat van Herman's legerscharen; voor ons heden, „voor het doel, dat wij daarmede bereiken willen, moet het „bruikbaar zijn“. Het was te denken, dat Gierke, door wiens geheel, in een nooit dalenden warmtegraad geschreven boek juist deze vraag van nationaliteit als één roode draad loopt, vuur zoude vatten bij de aangehaalde woorden van zijn Heidelbergschen collega. Hij meent het waarschijnlijk zoo erg niet als hij het zegt, waar hij te kennen geeft (bl. 580), dat eene romaniseerende jurisprudentie, die zich van zulk eene vergelijking bedient, de door mannen als Savigny, Eich-

---

[1]) §§ 41, 62, 63 in verband met de artt. 49, 81, 82 der Inv. wet. Vgl. Gierke, bl. 94; Hölder, *zum Allg. Theil des Entw.*, bl. 41.

[2]) *Syst. und Sprache*, § 2, bl. 3.

[3]) Aldaar, bl. 65.

horn, Grimm hoog gehouden geschiedkundige opvatting van het recht geheel overwonnen schijnt te hebben, en reeds aangeland schijnt te zijn bij de nieuwste „rechtsphilosophie", die het type der geheele rechtsordening ziet in het reglement op het spoorwegvervoer of in het exercitie-reglement.

Ernstiger luidt het woord van een ander groot Germanist, van Georg Beseler, in hoogen leeftijd overleden, weinige maanden na de openbaarmaking van het Ontwerp [1]), het woord door Gierke in zijne levensschets van dezen geleerde ontleend uit in diens nalatenschap gevonden aanteekeningen, dat het Ontwerp, eenzijdig van het juristische, bij name van het Romanistische standpunt bewerkt [2]), de zelfstandige studie van het Duitsche recht sedert den aanvang dezer eeuw ignoreert en de historische school in eene tegenstelling van „het natuurrecht" doet opgaan.

Ik meng mij niet in den strijd der geleerden, waar ik — mij in het algemeen onthoudende van eene zelfstandige beoordeeling van het Ontwerp — alleen trachtte een kort overzicht te geven van de critiek, die het van vele en zeer verschillende zijden uitlokte.

VIII.

Ten slotte nu nog een woord over de ernstige vraag, die alle ernstige beoordeelaars van het Ontwerp zich stellen.

Wat nu? Wat zal, wat moet er groeien van den grooten arbeid, die zooveel Duitsche pennen in beweging bracht, het werk, waarvan de critiek reeds nu duizenden bij duizenden bladzijden vulde?

---

[1]) Georg Beseler (geb. 2 Nov. 1809, overleden 28 Aug. 1888), herdacht door Otto Gierke, in het *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, X, Heft 1.

[2]) Zie hiertegen Bekker, bl. 62 vlg., waar hij met nadruk opkomt tegen eene identificatie van het Corpus juris civilis met het Romeinsche privaatrecht. „Justinians Sammlung und das römische Recht dürfen nicht zusammen geworfen werden, so wenig wie die vom Kaiser bestellten Kompilatoren und die Jurekonsulten der klassischen Periode".

Het is duidelijk, dat niemand, ook de wetgevende commissie zelve niet, verwachtte, dat het Ontwerp, in eerste lezing openbaar gemaakt, met eene uitnoodiging aan de critiek om haar plicht te doen, zonder eene min of meer omvattende revisie tot wet zoude worden verheven.

De vraag is nu, kan men volstaan met zoodanige revisie, waarbij, onder behoud der hoofdlijnen, der groote omtrekken en fundamenteele beginselen van het Ontwerp, de inhoud in menig opzicht gewijzigd en aangevuld, de vorm beter verzorgd en tevens meer verduitscht wordt?

Door velen wordt deze vraag toestemmend beantwoord, o. a. in de adviezen van het Duitsche Anwaltsverein [1]); en over een antwoord in dien zin heeft men zich zeker niet te verwonderen bij hen, die, al hebben zij vele min of meer gewichtige bedenkingen tegen den inhoud van het Ontwerp en al achten zij ook den vorm voor verbetering vatbaar, het in zijn geheel met instemming begroeten en verkieselijk achten boven het thans geldende recht, al ware het alleen om zijn bonte verscheidenheid, die in het verkeer tusschen de ingezetenen der verschillende bondstaten aanleiding geeft tot allerlei bezwaren, waarmede de mannen der practijk het best bekend zijn uit eigen ervaring.

Minder begrijpelijk is het, dat het advies om het Ontwerp, na eene revisie door de commissie, met de samenstelling belast, die inmiddels haar verdienstelijken voorzitter Dr. Pape door den dood verloren heeft, hoe eerder hoe liever tot wet te verheffen, ook krachtigen steun vindt bij sommige mannen der wetenschap, wier beoordeeling uitliep op eene scherpe veroordeeling, o. a. bij Bekker, wiens breed gemotiveerd vonnis luidt: „niet wetenschappelijk, maar doctrinair", en bij von Liszt, die, zich in de hoofdzaak vereenigende met de vernietigende critiek van Gierke, erkent, dat het Ontwerp

[1]) Gierke, bl. 573. Eene proeve van opbouwende critiek geeft ook het met veel zorg bewerkt geschrift van Dr. Max Hachenburg, *das Französisch-Badische Recht und der Entw. des Deutschen Bürg. Gesetzbuchs* (1e Lief., Mannheim, 1889).

alle verwachtingen, die men daarvan jarenlang koesterde, heeft teleurgesteld [1]).

En toch zal men dit mislukte werk, na eene revisie alleen door de mannen, die het in het leven riepen en die daardoor het bewijs leverden, niet opgewassen te zijn tegen de hun opgedragen taak, omdat zij, hoe groot ook overigens hunne verdiensten, hoe voorbeeldig hun ijver en hun werkkracht mogen zijn, wetgevend talent missen, zoo spoedig mogelijk aannemen als wetboek voor het groote Duitsche Rijk? Deze adviezen zijn met zich zelve in onverzoenlijken strijd. Er is geen behoefte aan al de zeggingskracht van Gierke [2]) om die innerlijke tegenspraak tusschen de motieven en het dictum van het veroordeelend vonnis in het licht te stellen. Zij springt van zelf in het oog.

Waarin vindt zij haar verklaring? In dezelfde redenen, waarin de „Schönfärberei" [3]) der officieuse dagbladpers, de schuchterheid voor ingrijpende doortastende critiek, die zelfs „het kritiekste" niet spaart, haar oorsprong heeft. Niet de rechtswetenschap, noch de rechtspractijk, maar de politiek moet hier den doorslag geven.

„Hoofdzaak is en blijft" — zegt Bekker [4]) — „dat wij „tot eenheid van recht komen en dat wij daartoe spoedig „komen". Veel sterker nog drukt von Liszt zich uit [5]). Waar het om de Duitsche eenheid te doen is, moet aan juridische bedenkingen het stilzwijgen worden opgelegd. Hij zoude voor elk ontwerp van een Duitsch burgerlijk wetboek stemmen, al voldeed het nog zoo weinig aan de eischen, welke men daaraan naar zijne overtuiging moet stellen, dus ook voor dit Ontwerp, omdat het, hoe streng ook door hem veroordeeld, alles is, wat de Duitsche rechtswetenschap, die

---

[1]) v. Liszt, *die Grenzgebiete*, bl. 1, 2, 45, 46.

[2]) bl. 572 vlg.

[3]) Bekker, bl. 73. Zie ook het artikel der *Nordd. Allg. Zeitung*, aangehaald in het *Weekbl. van het Recht*, n°. 5664.

[4]) Bekker, t. a. p.

[5]) *Die Grenzgebiete*, bl. 45.

zijns inziens op een verkeerden weg is door haar streng romaniseerende richting ook bij het academisch onderwijs, thans op het gebied der codificatie van het privaatrecht kan geven. „Es war die Probe auf unsere Leistungsfähigkeit". De zonen en kleinzonen der thans levende Duitschers moeten het dan maar beter maken.

Erg pessimistisch, maar ook juist? Ik geloof het niet.

Het komt mij voor, dat Gierke [1]), wien niemand Duitsch nationaal gevoel, een echt Germaansch hart zal ontzeggen, overtuigend heeft aangetoond, dat er overdrijving heerscht in de leer, die eenheid in de regeling der privaatrechtelijke betrekkingen — één en hetzelfde burgerlijk wetboek voor het gansche Duitsche Rijk — als onafscheidelijk vastknoopt aan de door 1870 veroverde volks- en staatseenheid. Het is onbetwistbaar, dat eenheid van het gecodificeerde recht in het algemeen, van het privaatrecht, dat wortelt in het volksleven in het bijzonder, bevorderlijk is aan de eenheid van volk en staat, maar hiermede is nog niet toegegeven, dat zij daarvan is een noodwendig vereischte, een onmisbaar bestanddeel, eene levensvoorwaarde. Beter dan door alle bespiegelingen wordt deze laatste stelling weerlegd door het voorbeeld van den machtigsten en krachtigsten Duitschen staat, van Pruisen, in welks verschillende deelen nu nog drieërlei wetgeving geldt op het gebied van het materiëel privaatrecht, evenals tot 1851 op het gebied van het materiëel strafrecht en tot 1879 op dat van het procesrecht.

Het moge volkomen waar zijn, wat Hölder zegt, dat de beweging om één burgerlijk wetboek voor het Duitsche Rijk tot stand te brengen, nu zij zoover is gevorderd, alleen tot rust kan komen door de uitvoering van het plan, niet minder juist laat hij daarop volgen, dat de hoofdzaak is, dat het wetboek komt, niet precies wanneer het komt [2]).

Nu beweert von Liszt wel, dat uitstel hier geen be-

---

[1]) bl. 4 vlg.
[2]) Hölder, *zum Allg. Theil*, bl. 1; *Vortrag*, bl. 29, 30.

langrijke verbetering kan aanbrengen, omdat het Ontwerp het hoogste is wat de Duitsche wetenschap en wetgevingskunst op dit gebied tot stand kan brengen, maar dit is eenvoudig eene onbewezen stelling. Onbewezen en onaannemelijk, met het oog niet alleen op de degelijke en ook van het standpunt der wetgevingstechniek [1]) hoogst belangrijke critiek van zooveel verschillende zijden over het Ontwerp uitgebracht, maar ook op de codificatie van het wissel- en handelsrecht, die zich met het beste, wat op dit gebied bestaat, kan meten.

Voor het wanhopig besluit, waarop de beschouwingen van von Liszt uitloopen, bestaat dus geen afdoende grond. De weg, door de critiek als van zelf aangewezen, door Gierke, Hölder en L. Goldschmidt, zij het met eenige afwijking in de détails, krachtig aanbevolen, is veeleer eene nieuwe commissie in te stellen, waarin de oude moet worden vertegenwoordigd, maar nevens haar ook nieuwe mannen, geleerden, practici, wellicht ook enkele beschaafde leeken worden opgenomen, en op haar een geheel vrij mandaat te verstrekken, ten einde, met gebruikmaking van het kostbaar materiaal, door de eerste commissie bijeenverzameld, en overneming van menig goed gelukt onderdeel van haar arbeid, een in aanleg en vorm nieuw ontwerp met eene nieuwe leesbare memorie van toelichting samen te stellen.

Wordt die weg ingeslagen, dan is het mogelijk, dat het thans levende geslacht in Duitschland nog een algemeen Burgerlijk Wetboek ziet tot stand komen, der vrije Duitsche wetenschap waardig en voldoende aan de tegenwoordige behoeften van het verkeer in de verschillende groote en kleine bondstaten, waaruit het machtige Rijk bestaat.

Is dit niets meer dan een vrome wensch, ontbreken ook in het Duitschland van onzen tijd de krachten voor eene goede codificatie van het privaatrecht, de conclusie zij dan nu nog die van von Savigny vóór 75 jaar: geen wetboek, niet die van von Liszt: dan maar een slecht wetboek.

---

[1]) Van dat standpunt beschouwd, zijn vooral de *Kritische Erörterungen* van Dr. L. Goldschmidt merkwaardig.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Mr. A. J. IMMINK, De rechtspleging voor de Inlandsche rechtbanken in Nederlandsch Indië. 2 dln. — Batavia, H. M. van Dorp en Co., 1889.

Dit werk, ofschoon in de eerste plaats ten behoeve van Nederlandsch Indië geschreven, verdient in alle opzichten ook hier te lande te worden aangekondigd. Allen toch, die zich met de beoefening van het recht onzer koloniën bezig houden, of althans daarin belang stellen, zullen er erkentelijk voor zijn, dat de heer Immink, wiens naam bij de Indische magistratuur een goeden klank heeft, en die zich bovendien reeds herhaaldelijk door zijne geschriften als een verdienstelijk rechtsbeoefenaar deed kennen, ons een commentaar aanbiedt op de procedure bij de Inlandsche rechtbanken.

Gelijk van algemeene bekendheid is, liet de Oost-Indische Compagnie zich weinig of niet in met de rechtsbedeeling over de Inlandsche bevolking, voor zooverre die bevolking onder het bestuur harer eigen hoofden stond. Slechts binnen den beperkten kring harer etablissementen werd door 's Compagnie's rechters ook over Inlanders recht gesproken. Eerst Daendels en, na hem, Raffles kan men zeggen, dat de rechtsbedeeling over den Inlander ernstig ter hand namen, doch alleen voor Java en Onderhoorigheden, en ook daar nog slechts in de gedeelten, niet tot de Inlandsche vorstendommen behoorende. Na het herstel van ons gezag bleef de bestaande toestand gehandhaafd; alleen werd teruggekomen op eenige hervormingen van Raffles, welke, ofschoon met de beste bedoelingen ingevoerd, toch van weinig practischen zin getuigden, en dan ook feitelijk onhoudbaar waren gebleken. In 1819 stelden Commissarissen-Generaal een Reglement vast „op de Administratie der Politie en de Crimineele en „Civiele Rechtsvordering onder den Inlander in Nederlandsch „Indië", welk Reglement intusschen nooit buiten Java en Madoera heeft gewerkt.

Bij de vervanging van het Oud-Hollandsche procesrecht voor Europeanen op Java en Madoera in 1848 door reglementen, die zooveel mogelijk overeenkwamen met de destijds in Nederland vigeerende Wetboeken van Rechts- en Strafvordering, meende men ook de Inlandsche rechtsbedeeling niet te kunnen laten zooals zij was, en werd een Reglement vastgesteld „op de Uitoefe„ning der Politie, de Burgerlijke Rechtspleging en de Strafvorde„ring onder de Inlanders en de daarmede gelijkgestelde Personen „op Java en Madoera". Dit reglement, gewoonlijk kortweg het Inlandsch Reglement genoemd, omvatte dus, evenals het vorige van 1819, naast het procesrecht, het daarmede in geen onmiddellijk verband staande onderwerp der rechtspolitie.

Op de Buitenbezittingen bleef nog jaren lang alles ongeveer bij het oude. Eerst aan den invloed en den volhardenden ijver van één der verdienstelijkste mannen, die in onzen tijd hunne krachten aan Indië hebben gewijd, mocht het gelukken in 1874 voor ons rechtstreeksch gebied ter Westkust van Sumatra en voor het eiland Banka eene regeling tot stand te brengen, in hoofdzaak met die op Java en Madoera overeenkomende, welke regeling achtereenvolgens door gelijksoortige voor die gedeelten der Buitenbezittingen werd gevolgd, waar de bevolking niet in het genot harer eigene rechtspleging is gelaten.

De heer Immink nu levert een commentaar op alle deze reglementen, voor zooverre zij de rechtspleging betreffen bij de Landraden, de Rechtbanken van Omgang en de met beide colleges overeenkomende gerechten op de Buitenbezittingen. De bepalingen omtrent de rechtspolitie heeft hij natuurlijk ter zijde gelaten, omdat zij, ofschoon in dezelfde reglementen vervat, toch inderdaad geheel op zich zelf staan. Bovendien bespreekt hij ook de samenstelling en de rechtsmacht der colleges, waarop zijn boek betrekking heeft.

Ofschoon strikt genomen de samenstelling en de rechtsmacht der verschillende colleges niet in een werk over de rechtspleging te huis behooren, zoo begrijp ik toch tot op zekere hoogte, dat de heer Immink die volledigheidshalve in zijn boek heeft willen opnemen. Daarentegen begrijp ik niet, waarom hij ook heeft willen handelen over de rechtbanken der leenvorsten in Soerakarta en Djokjokarta, gelijk mede over de Moesapat in Atjeh en over den Raad van Kerta's op het eiland Bali. M. i. had hetgeen over al die rechtbanken in het werk voorkomt, liever achterwege moeten blijven. Die rechtbanken immers spreken niet recht naar het Inlandsch Reglement of andere van het Europeesch

wetgevend gezag uitgegane verordeningen op de procedure, ja zelfs, in verband met art. 74 van het Regeerings-Reglement, niet eens „in Naam des Konings", en, wanneer zij behandeld worden, zie ik niet in, waarom de heer Immink de talrijke andere rechtbanken in de leenstaatjes der Buitenbezittingen, die in hetzelfde geval verkeeren, met stilzwijgen voorbijgaat, evenals de geestelijke rechtspraak. Waarom worden b. v. de Rapat's in de binnenlanden der Residentie Palembang vermeld (dl. II, bl. 168) [1]), doch van de Rapat's in de naburige Residentie Benkoelen met geen woord gerept? Daarbij komt, dat de heer Immink van de door hem vermelde rechtbanken, die niet „in Naam des Konings" rechtspreken, zoo goed als niets behalve de samenstelling en de competentie mededeelt, en zeker de eerste zal zijn om te erkennen, dat de bij bedoelde rechtbanken gevolgde procedure in elk geval eene nadere uiteenzetting verdient.

Nu weet ik wel, dat de volledige behandeling der niet „in Naam des Konings" rechtsprekende colleges en van de voorschriften, in de nationale Inlandsche wetten omtrent de procedure voorkomende, aan het boek des heeren Immink een omvang had gegeven, welke geheel buiten zijne bedoeling lag; maar juist daarom had ik, in zijne plaats, mij liever bepaald tot de rechtspleging, bij het Inlandsch Reglement en bij de Reglementen voor de Buitenbezittingen, ten aanzien der Inlandsche rechtbanken voorgeschreven. Men had dan een afgerond geheel voor zich gehad; terwijl nu de inhoud van het werk, als geheel beschouwd, den indruk geeft van iets fragmentarisch.

Intusschen neemt hetgeen de heer Immink mededeelt over de Inlandsche rechtbanken, die niet „in Naam des Konings" rechtspreken, slechts eene zeer ondergeschikte plaats in zijn boek in. Het is hoofdzakelijk, men zoude bijna kunnen zeggen, het is zoo goed als geheel gewijd aan de voorschriften omtrent de procedure bij de Inlandsche Rechtbanken, voor zooverre die voorschriften van het Europeesche wetgevend gezag in Indië zijn uitgegaan. En, voor den commentaar daarop geleverd, heb ik niets dan lof over. Ofschoon de eerste aanleiding tot de sa-

[1]) Wat de heer Immink op die plaats mededeelt, is bovendien niet geheel juist, althans zeer onvolledig. De door hem genoemde Inlandsche divisie-hoofden bestaan niet meer, en de rechtspraak der Rapat's van de Marga's (distrikten) en Doesoen's (dorpen) wordt eenvoudig onvermeld gelaten.

menstelling van het boek, blijkens de voorrede, was om een tweetal, voor hun tijd zeer verdienstelijke, maar thans min of meer verouderde handleidingen te vervangen, ten behoeve van met rechtsmacht bekleede administratieve ambtenaren geschreven, zoo is het toch inderdaad een commentaar geworden, minder voor leeken dan voor vakmannen geschikt, en welke m. i. in de bibliotheek van geen Oost-Indisch rechterlijk ambtenaar of advocaat mag ontbreken [1]).

Door het raadplegen van officiëele stukken heeft de heer Immink onderscheidene punten, welke in het Inlandsch Reglement duister waren, kunnen ophelderen, en, waar tusschen de Indische rechtsbeoefenaars verschil van meening bestaat, wordt elke opinie met groote objectiviteit geresumeerd, en, zoo noodig, door den schrijver zijn eigen standpunt krachtig, maar met bezadigdheid verdedigd. Die bezadigdheid blijft hem ook bij, waar hij den invloed moet vermelden, door de koloniale politiek op de regeling van het rechtswezen uitgeoefend. Zonder in onvruchtbare recriminatiën te treden over de achterstelling van de rechtsbedeeling bij de belangen van het Cultuurstelsel in vroegere jaren, geeft hij de officiëele stukken, en laat hij het oordeel omtrent den geest, waarvan die stukken getuigen, wijselijk aan den lezer over.

De regelen van procesrecht, in het Inlandsch Reglement vervat, verdienen ten zeerste van alle kanten te worden toegelicht. Herhaaldelijk werd er reeds op gewezen, dat bedoeld Reglement geenszins is eene eenvoudige pasklaarmaking van het voor Europeanen in Indië geldende procesrecht, ten behoeve der Inlandsche rechtbanken. Integendeel heeft de wetgever, ten aanzien van sommige onderwerpen, in het Inlandsch Reglement een zelfstandig standpunt ingenomen. Ik vermeld slechts de tenuitvoerlegging van burgerlijke vonnissen en de overwijzing naar den Landraad of het Omgaand Gerecht in strafzaken, als de meest ingrijpende. Over beide onderwerpen handelt de heer Immink uitvoerig en duidelijk, al mis ik bij het eerstgenoemde de aantooning van het verband met het Oud-Hollandsche procesrecht, iets dat vooral voor het jongere geslacht van belang zoude zijn geweest, daar de geschriften der Oud-Hollandsche juristen ook in Indië hoe langer hoe minder bekend geraken. Wat de overwijzing betreft,

---

[1]) Men ziet hieruit, dat ik mij niet kan vereenigen met de voorstelling, alsof ons in dit werk slechts „een handboek voor leeken“ werd aangeboden. Vergl. *Weekbl. v. h. Recht* van 30 Augustus 1889, n°. 5751 bl. 4 kol. 2.

zoo houde de geachte schrijver mij ten goede, dat de nieuwe argumenten, welke hij op bl. 377 noot 2 van het 1ste deel aanvoert, mij nog niet hebben overtuigd, en dat ik meen te moeten blijven bij de, als ik mij niet vergis, door de meerderheid der Indische rechtsbeoefenaars aangekleefde meening, dat de akte van overwijzing, en niet de akte van beschuldiging, de basis van het strafproces en van de beraadslaging in raadkamer behoort uit te maken. Mij dunkt, dat hij niet genoeg waarde hecht aan het feit, dat de eerste wèl, en de tweede niet, vóór de behandeling ter terechtzitting, aan den beklaagde moet worden bekend gemaakt. Het is m. i. in strijd met alle begrippen van crimineel procesrecht, dat een beklaagde zich zoude moeten verdedigen op een stuk, dat hij eerst hoort voorlezen, als hij voor den rechter verschijnt. In de Reglementen voor de Buitenbezittingen is de zaak natuurlijk, door de verplichte en voorafgaande bekendmaking aan den beklaagde van den inhoud der akte van beschuldiging, geheel anders geworden; maar het gaat niet aan, nu ook voor Java en Madoera hetzelfde staande te houden, zonder dat aldaar de voorafgaande bekendmaking met den inhoud der akte van beschuldiging bestaat.

Daarentegen ben ik het weder op vele andere punten met den heer Immink eens. Zoo schaar ik mij aan zijne zijde in zijne critiek op het arrest van het Hoog Gerechtshof van Nederlandsch Indië van 20 Mei 1887 (*Het Recht in N. I.*, dl. XL, bl. 37 en vlgg.) Op bl. 282 en vlgg. en bl. 525 en vlgg. van dl. I toont hij m. i. zeer terecht aan, dat de bedoeling van den wetgever onmogelijk kan geweest zijn het Hof te verbieden een vonnis te vernietigen, waarin substantiëele vormen van het strafproces zijn veronachtzaamd, al moet men erkennen, dat de woorden der wet en de toelichting in de officiëele stukken tot zoodanige opvatting wel eenige aanleiding geven.

Merkwaardig is verder, hoe thans uit de officiëele stukken is bewezen, dat, naar de bedoeling des wetgevers, de Goeverneur-Generaal niet alleen nimmer als getuige voor eene Inlandsche rechtbank mag worden gedagvaard, maar zelfs zijne getuigenis niet op eene bijzondere wijze mag worden ingewonnen, gelijk ten aanzien van de Europeesche rechtscolleges bij de artt. 210 Ind. Rv. en 413 Ind. Strafv. is voorgeschreven (dl. I, bl. 83). Zoo blijkt thans ook, dat met de woorden: „of zoodanig ander college" in art. 231 al. 2 Inl. Regl., overeenkomstig de instellingen der Javanen, de Priesterraad is bedoeld (dl. I, bl. 231 en vlg.).

Enkele punten van practisch belang hadden, geloof ik, wel

eenige meerdere toelichting vereischt. Op de kwestie der vervulling door Landraadsvoorzitters van de buitengerechtelijke functiën der Omgaande Rechters (dl. I, bl. 585) werd reeds gewezen in de aankondiging van het werk des heeren Immink in het *Weekblad van het Recht* van 30 Augustus 1889, n°. 5751 bl. 4. Op bl. 89 van dl. I had ik gaarne een en ander vermeld gezien van de onzekerheid omtrent de wijze van beëediging der Mohammedaansche getuigen, en had er op kunnen worden gewezen, hoe die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid, dat de Islâm den eed slechts als bewijsmiddel en als middel om eene verbintenis aan te gaan, kent, maar niet den getuigen-eed; terwijl de Javaansche instellingen te dezen van den Islâm afwijken, en daarin wel degelijk de getuigen-eed bekend is (vergl. art. 7 van het Javaansche Wetboek Nawolo Pradoto). Op bl. 96 van hetzelfde deel had de heer Immink wel iets mogen zeggen van de, in Indië bij vele rechtbanken bestaande, maar m. i. absoluut verwerpelijke practijk, om zich door deskundigen te doen voorlichten, omtrent hetgeen door de godsdienstige wetten, volksinstellingen en gebruiken, d. w. z. door het nationale Inlandsche recht, in een bepaald geval gevorderd wordt, in stede van zelf die wetten, zij het in den vorm eener vertaling te raadplegen, en het onbeschreven recht, als daarop beroep wordt gedaan, door getuigen te doen constateeren.

Wat de registers betreft — voor een werk als dit, eene zaak van veel gewicht — zoo ware het naar mijne meening verkieslijk geweest naar de pagina's, in stede van naar de paragrafen te verwijzen. Wanneer, gelijk in casu, de nummers der paragrafen niet boven elke pagina staan, levert de door den heer Immink gevolgde manier van verwijzen in het gebruik bezwaren op. Laat ik er intusschen bijvoegen, dat ook de registers van andere, overigens hoog gewaardeerde werken aan dit euvel mank gaan. Eindelijk zoude eene synoptische tabel van de correspondeerende artikelen van het Inlandsch Reglement en van de Reglementen op het rechtswezen in de Buitenbezittingen aan velen welkom zijn geweest.

Van harte hoop ik, dat de heer Immink bovenstaande aanmerkingen mijnerzijds niet zal beschouwen als eene uiting van vitzucht, maar als een bewijs, dat ik er mij niet toe heb bepaald om met zijn arbeid slechts oppervlakkig kennis te maken. Ik reken het boek tot de belangrijkste en degelijkste geschriften, welke in de laatste jaren op het gebied van het Indische recht zijn verschenen, en twijfel niet, of het zal nog lang en

door velen worden geconsulteerd. Moge het niet de laatste der pennevruchten van den schrijver zijn, en hij, nu hij den Indischen staatsdienst heeft verlaten en in het Vaderland is teruggekeerd, nog vele jaren zijne krachten blijven wijden aan studiën over de zoo hoogst belangwekkende rechtstoestanden in Nederlandsch Indië.

Delft, 27 October 1889. L. W. C. v. d. Berg.

Verantwoordelijkheid van technici voor ongevallen gebeurd ten gevolge van eenigen misslag, gepleegd bij de uitvoering van Werken. Proefschrift door C. Loth. — Leiden, 1888.

Civielrechtelijke Verantwoordelijkheid van Ingenieurs en Architecten. Akademisch Proefschrift, door D. E. v. Lennep. — Amsterdam, 1889.

Gaven in de algemeene zomervergadering der Vereeniging van Burgerlijke Ingenieurs, gehouden te Delft den 10 Juli 1888, de Heeren Kemper, Mees en van Hasselt hunne teleurstelling te kennen, bij de bespreking van hun in dit tijdschrift [1]) opgenomen rapport over „de straf- en civielrechtelijke verantwoordelijkheid van technici bij de uitvoering van werken" en van mijne beschouwingen daarover in hetzelfde tijdschrift voorkomende [2]), dat mijn opstel niet, gelijk zij zich gevleid hadden, ook andere rechtsgeleerden aanleiding zou hebben gegeven hunne beschouwingen in druk mede te deelen, met des te meer genoegen zullen zij de verschijning hebben begroet van de beide aan het hoofd dezes vermelde, aan hetzelfde onderwerp gewijde proefschriften. Ik meen in hunnen geest en in het belang der zaak te handelen, beide geschriften hier kortelijk te bespreken.

Zooals men ziet, bevat ieder dier geschriften een deel van het in het rapport behandelde onderwerp, en bespreek ik diensvolgens in de eerste plaats:

A. Het aan de *strafrechtelijke verantwoordelijkheid* van technici gewijde proefschrift.

Evenals de stellers van het rapport bespreekt de Schr. alleen

---

[1]) Jaarg. 1887, bl. 571 vlg.
[2]) Jaarg. 1888, bl. 73 vlg.

de verantwoordelijkheid van bouwkundigen; ik meen echter, dat de beginselen die voor dezen gelden even goed op andere technici van toepassing zijn. Daarentegen kan ik den Schr. niet volkomen toestemmen, dat de schuld van den technicus niet van een ander karakter is dan die van ieder ander mensch (bl. 8). Wel bevat ons Strafwetboek geene bepaling als § 330 van het Duitsche Wetboek, maar toch wijst de strafverzwaring, in art. 309 tegen alle technici bedreigd, op zulk eene onderscheiding. 't Is waar, ook hier zal hunne verantwoordelijkheid worden bepaald door de meerdere of mindere ruimte, die de rechter in ieder gegeven geval aan het begrip van schuld zal toekennen (bl. 33), maar toch zal de rechter aan hem, die het misdrijf heeft gepleegd in de uitoefening van eenig ambt of beroep strengere eischen behooren te stellen; immers dat is het doel dezer bepaling. „Op hem die een ambt of beroep aanvaardt, rust de verplichting om daarin met *dubbele* omzichtigheid werkzaam te zijn". M. v. T. op art. 309 [1]). Wat nu § 330 van het Duitsche wetboek bepaalt van hem, die „bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, dass hieraus für Andere Gefahr entsteht", is bij ons terecht aan den plaatselijken wetgever overgelaten [2]), omdat de plaatselijke toestanden daarbij zoozeer in aanmerking moeten worden genomen, en zullen zeker zoowel door dien wetgever als later door den rechter de algemeen erkende regelen der bouwkunst als grondslag behooren te worden aangenomen, doch zóó, dat des rechters oordeel daardoor niet gebonden wordt. Dat daarbij de wetgever praeventief optrede, acht ik, in strijd met den Schr. (bl. 5), hier zoowel als in vele andere gevallen zeer wenschelijk.

Ook is het niet volkomen juist, dat het doen ontstaan van gevaar bij ons te éénenmale straffeloos is. Immers het eigenaardig karakter van de gemeengevaarlijke misdrijven, waartoe ook § 330 behoort, is juist, dat uit de als zoodanig gekwalificeerde handelingen, hetzij ze met opzet of uit onvoorzichtigheid zijn gepleegd, behalve mogelijke nog ergere, niet te berekenen gevolgen, met zekerheid één gevolg voortvloeit, namelijk *gevaar* voor personen of goederen [3]). Het eenig onderscheid tusschen

---

[1]) In de uitoefening van ambt of beroep geldt: „Imperitia culpae adnumeratur"; l. 132 D. de reg. jur. (L, 17).

[2]) Ten deele strekt daartoe m. i. ook art. 1645 B. W.

[3]) Zie mijn opstel in *Tijdschr. voor Strafr.*, II bl. 163.

§ 330 van het Duitsche- en art. 171 van ons Strafwetboek is, dat in de eerstgenoemde reeds het doen ontstaan van gevaar door het bouwen in strijd met de algemeen erkende regelen der bouwkunst, — in laatstgenoemd artikel het veroorzaken van gemeen gevaar voor goederen of personen alleen als gevolg van de vernieling of beschadiging van eenig gebouw of getimmerte strafbaar wordt gesteld.

Overigens deel ik volkomen de beschouwingen van den Schr., dat het onmogelijk is, eene duidelijke afgeronde bepaling van de *culpa* te formuleeren, en dat hier zeer veel aan het oordeel van den rechter, zoo noodig toegelicht door deskundigen, moet worden overgelaten. Dit is dan ook het standpunt van onzen wetgever, zooals ik in mijn vorig opstel heb trachten aan te toonen. Een zeker vereischte echter is, dat het gevaar of het onheil door den dader is kunnen worden voorzien, en daartoe moet voor ieder bijzonder geval zijne meerdere of mindere toerekeningsvatbaarheid door den rechter nauwgezet worden onderzocht. Oppervlakkig kan ik mij daarom zeer goed vereenigen met de meegedeelde uitspraak van den Duitschen rechter, die eene herdersvrouw vrijsprak van het door schuld veroorzaken van den dood van haar kind. Gelijk zulks in 't algemeen als beginsel moet worden aangenomen, was bij deze vrouw de toerekenbaarheid tengevolge van verschoonbare dwaling opgeheven.

Daar nu het Wetboek geen schuldgraden heeft aangegeven, maar de beoordeeling daarvan aan den judex facti heeft overgelaten, kan ik mij geheel vereenigen met het afkeurend oordeel, door den Schr. geuit over het arrest van den H. R. van 14 Nov. 1887, gewezen in strijd met de m. i. volkomen juiste conclusie van den Adv.-Gen. Gregory, en waarbij een in die conclusie krachtig verdedigd arrest van het Hof van Leeuwarden werd vernietigd, alleen op grond, dat het Hof van den bekl., opzichter-machinist bij de Nederl. Tramweg-maatschappij, had geëischt het betrachten der *alleruiterste voorzichtigheid.* In het algemeen toch moge het waar zijn, dat de wetgever niet op den *diligentissimus pater familias*, maar op den burger in het algemeen het oog heeft en hij daarom de uitdrukking *grove schuld* heeft vermeden, van dezen beklaagde, als zijnde in de uitoefening van zijn beroep, mocht dubbele omzichtigheid worden geëischt. Als argument voor het uitgesproken ontslag van rechtsvervolging werd ook gebezigd: het niet gebleken zijn van veronachtzaming van de voorschriften der aangehaalde verordening; uit de feite-

lijke uiteenzetting der zaak in de conclusie van den Adv.-Gen. schijnt het tegendeel te moeten worden opgemaakt, terwijl buitendien het juist als eene verbetering is te beschouwen, dat niet meer, gelijk in den C. P., artt. 319 en 320, 's rechters oordeel afhankelijk is gesteld van het al of niet in acht nemen der reglementen (cf. H. R. 4 Oct. 1875). Na bij de wijze van onderzoek door den rechter en de voorlichting van deskundigen te hebben stil gestaan, komt de Schr. tot dezelfde slotsom als ik, „dat noch in het materiëel, noch in het formeel strafrecht bijzondere bepalingen ten aanzien van technici bij het maken van werken noodzakelijk of wenschelijk zijn".

B. *Civielrechtelijke verantwoordelijkheid.*

Het geldt hier voornamelijk de al of niet toepasselijkheid van art. 1645 B. W. De Schr. van het proefschrift komt langs historischen weg tot het resultaat, dat dit art. niet van toepassing is op ingenieurs en architecten. Na eerst te hebben gewezen op het verschil tusschen de verbintenis van den aannemer en die van den ingenieur (architect) en op de woorden van art. 1645: „aannemen en afmaken van een gebouw", die z. i. alleen op eerstgenoemde kunnen slaan, toont hij aan, hoe de wetgever er toe gekomen is, in dit en volgende artt. te spreken van „bouwmeesters en aannemers", in afwijking van de duidelijke bepalingen van het Ontwerp 1820 (artt. 2689, 2690 en 2693), namelijk door die woorden gedachteloos over te nemen uit den C. c., waarin alleen ter verduidelijking aan het woord *architecte* de uitdrukking *entrepreneur* is toegevoegd, daar destijds beide woorden dezelfde beteekenis hadden, onder *architecte* ook werd verstaan de persoon, die bouwt, en de nu tusschen beiden verdeelde arbeid voorheen door één persoon placht te worden verricht [1]).

Inderdaad maakt dit belangrijke betoog van den Schr. het aannemelijk, dat oorspronkelijk de wetgever niet heeft bedoeld, immers niet heeft kunnen bedoelen, twee verschillende klassen van menschen verantwoordelijk te stellen. Maar is daardoor nu uitgemaakt, dat art. 1645 ook nu niet van toepassing is op ingenieurs-architecten?

Ik herinner hier aan de nuttige wenken, door Prof. Opzoo-

---

[1]) Van dit standpunt gaat ook Pothier uit; deze Schr. gebruikt meestal de uitdrukking *entrepreneur*. Cf. zijn *Traité du contrat de louage*, §§ 419 vlg.

zoomer aan den uitlegger en den toepasser der wet gegeven [1]). De eerste en voornaamste plicht van den rechter is, dat hij volgens de wet moet rechtspreken; daartoe is het zeker noodig, opdat hij tot haren zin dóórdringe, niet alleen de wet te lezen, maar ook het verband na te gaan, waarin het ééne artikel tot andere verwante staat [2]), maar desniettegenstaande is voor den rechter niet de beslissende vraag, wat de wetgever heeft willen zeggen, maar wat hij werkelijk gezegd heeft. Daaruit volgt m. i. dat, indien tengevolge van veranderde tijdsomstandigheden de woorden veranderen van beteekenis [3]), en uitdrukkingen, die vroeger synoniem waren, nu verschillen, ook de rechter dienovereenkomstig zijne toepassing van de wet moet wijzigen, daar voor hem steeds alleen de wet — niet de bedoeling of de wil des wetgevers verbindende is [4]). Men heeft deze leer reeds als verouderd voorgesteld. Toch houd ik haar als de voor den rechter eenig juiste, daar elke andere leidt tot willekeur. Ik kan daarom niet toestemmen, wat de Schr. zegt, bl. 29. „Waar vroeger de aansprakelijkheid van den bouwmeester-aannemer op 10 jaren werd gesteld, daar kan men nu de tienjarige aansprakelijkheid alleen op den aannemer toepassen. Immers zijn aansprakelijkheid heeft de wetgever gewild.“ Komt men werkelijk algemeen tot de overtuiging, dat tengevolge van die gewijzigde beteekenis de wet onbillijk is geworden, dan behoort de wetgever de wet zelve te wijzigen, maar is het op dien grond den rechter niet geoorloofd die niet toe te passen. Hetzelfde zou in omgekeerden zin moeten gelden, indien de wetgever niet, ter verduidelijking, tevens het woord „bouwmeesters“ had gebezigd, maar alleen van „aannemers“ had gesproken, en men nu op grond dat onder dezen voorheen ook bouwmeesters waren begrepen de wet nu ook op dezen wilde toepassen. Nu echter de wet, om welke reden dan ook, van beiden spreekt, behoort zij ook op beiden te worden toegepast [5]).

---

[1]) *Aanteek. op de wet houdende A. B.*, 4e druk, bl. 210 vlg.

[2]) Blijkt daarbij van tastbare onnauwkeurigheden, en „de onachtzaamheid van onzen wetgever kan moeielijk worden betwist“ (Opzoomer, IV, bl. 51), dan moet der echter niet aan de letter blijven hangen, maar ook dan zij niet de bedoeling des *wetgevers*, maar die der *wet* zijn richtsnoer.

[3]) Verba valent usu.

[4]) Op grond van dezelfde door hem gehuldigde methode van uitlegging achtte Mr. S. van Houten (*N. R. Ct.*, 24 Nov. 1889) zich bij de begripsbepaling van openbaar en bijzonder onderwijs niet gebonden aan de *meening* des grondwetgevers van 1848, maar wel aan de *wet*.

[5]) Art. 1645 spreekt van „bouwmeesters en aannemers“ in tegenstel-

Is daarmede in strijd de verdere redactie van het art.: „aannemen en afmaken van een gebouw"? Volgens den Schr. (bl. 11) ja, omdat de ingenieur (architect) noch het gebouw heeft aangenomen, noch zich heeft verbonden het af te maken. Wanneer men echter nu ook hier in 't oog houdt, dat beider werk destijds in één persoon vereenigd was, en dat het aanving met de *aanneming* en eindigde met de *afmaking*, dan duiden die woorden aan, en houden zij in den ganschen omvang van het werk, dat nu tusschen verschillende personen is verdeeld. Ook deze woorden acht ik dus niet in strijd met mijne opvatting. Immers ook nu zegt de wet niet, dat de bouwmeester verbonden is door het contract van den aannemer met den aanbesteder (bl. 11), maar is ieder alleen aansprakelijk voor datgene, waartoe hij zich heeft verbonden. Dat dit artikel alleen van toepassing is bij aanneming voor een bepaalden prijs, en niet wanneer een werk in daghuur (bij het stuk of bij de maat, art. 1644) wordt verricht, is nu zeker vreemd ten aanzien van den bouwmeester, wiens werkzaamheden in beide gevallen in den regel dezelfde zullen zijn, maar was dit niet zoo, toen nog alles aan denzelfden persoon werd opgedragen. De reden daarvan was, dat het werk alsdan bij gedeelten konde worden opgenomen, en daarom zal dit art. nu ook nog in den regel op bouwwerken van geringen omvang toepasselijk zijn, waarbij de hulp van een architect (ingenieur) niet ingeroepen wordt [1].

---

ling van art. 1645, dat handelt over een „bouwmeester of aannemer". Ook deze onnauwkeurigheid nam onze wetgever uit den Code over, artt. 1792 en 1793. Art. 1649 noemt alleen den aannemer; in het verband met de vorige artt. schreef ik dat aan een onnauwkeurige redactie toe, ook hierin weder overeenstemmende met den C. c. art. 1797. In het systeem van den Schr. is juist hier de redactie nauwkeurig en die van art. 1645 slordig (bl. 12). Van heel veel gewicht echter is dit gansche artikel niet, daar hier slechts op het bijzondere geval van den aannemer wordt toegepast, wat art. 1403 § 3 als algemeenen regel, dus ook voor „bouwmeesters", stelt en alleen de beperking in dien regel in de slotbepaling van art. 1403, als zijnde hier niet herhaald, voor den aannemer is uitgesloten. Cf. Opzoomer, op art. 1649.

[1]) Cf. Pothier, t. a. p., § 436. Duidelijk blijkt zulks uit hetgeen bij de beraadslagingen over art. 1790 C. c. door Bérenger werd gezegd: „L'article 1790 se reporte à tout ouvrage quelconque, au lieu que l'article 1792 établit une règle particulière pour les ouvrages dirigés par un architecte. Cette distinction est nécessaire; on peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit être; ainsi, dès qu'il est

Dat de wetgever slechts één speciaal geval van 10 jarige aansprakelijkheid heeft genoemd (bl. 30) kan ik niet toegeven. Mij dunkt, indien een gebouw staat op een geschikten grond en het heeft geen gebrek in de samenstelling, dan hebben èn bouwmeester èn aannemer volkomen hun plicht betracht en bestaat er geen gevaar, dat het geheel of gedeeltelijk zal vergaan anders dan door verloop van tijd, want dit geef ik den Schr. gaarne toe (bl. 39), dat van een ingenieur niet kan gevergd worden, „dat hij een werk zoodanig zal doen uitvoeren dat het eeuwig zal blijven bestaan."

Wanneer men nu vraagt of het wenschelijk is, dat in jure constituendo deze bepaling blijft bestaan, dan moet in de eerste plaats worden onderzocht, of men die beschouwt van openbare orde, zoodat daarvan door partijen niet mag worden afgeweken? Daar de wet zich hierover niet uitlaat, mag men hier de vroegere en tegenwoordige tijdsomstandigheden in aanmerking nemen. Destijds gold vóór alles het beginsel van vrijheid; ook het algemeen belang was, meende men, daarmede het best gediend; een ieder kon dus bouwen of laten bouwen, zooals hij wilde; slechts op het belang der onmiddellijke naburen werd gelet; van toezicht der openbare macht was nog geen sprake of geen sprake meer. Dat nu in zulk een tijd de publieke veiligheid althans eenigszins gewaarborgd werd, was zeker niet overdreven, en dat het voorschrift als zoodanig beschouwd is blijkt uit de beraadslagingen over de wet[1]).

reçu, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité: mais il n'en est pas de même d'un édifice; il peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction est solide". In deze woorden ligt ook de verklaring, waarom juist bouwmeesters voor hun arbeidsresultaat aansprakelijk zijn (bl. 28).

[1]) In het oorspronkelijk Ontwerp was nog aan art. 1792 een tweede lid toegevoegd, luidende: „Si l'édifice donné à prix fait périt par le vice du sol, l'architecte en est responsable, à moins qu'il ne prouve avoir fait au maître les représentations convenables pour le dissuader d'y bâtir." Daarover had de volgende discussie plaats, waarna het werd verworpen: „Le C. Réal dit qu'il y a sur les constructions des règles qu'il n'est pas permis au propriétaire lui-même d'enfreindre: ce sont les règles de la police des bâtiments, telles que celles qui déterminent l'épaisseur des murs. L'architecte, dans ces cas, doit se refuser à la volonté du propriétaire.

Ook Marcadé [1]) noemt het art.: „autant d'ordre public que d'intérêt privé“.

In onzen tijd echter, nu de publieke autoriteit hare zorgen, schier allerwege, ook tot dit onderwerp uitstrekt, zou het aan partijen kunnen worden overgelaten, in hoeverre zij daarenboven nog zulk een waarborg noodig achten, ook om zich te vrijwaren tegen strafvervolging. Dat de wetgever zich daaromtrent uitlate, is zeker wenschelijk. Zoo is dit dan ook geregeld in het Ontwerp van een B. W. voor het Duitsche Rijk. Immers nevens bovengenoemde § 330 van het Duitsche Strafwetboek, dat algemeen is en dus op een ieder van toepassing, die tot de uitvoering van het bouwwerk heeft medegewerkt [2]), en het in beginsel met ons art.1405 B. W. overeenkomende voorschrift van § 735 [3]),

---

Le C. Regnaud dit que l'exécution des réglements, dont on vient de parler, était confiée à une autorité qui n'existe plus, à la chambre des bâtiments; ainsi les constructions ne sont plus vérifiées.

Le C. Tronchet dit que la section a eu raison d'écarter l'addition faite par le projet. L'architecte, en effet, ne doit pas suivre les caprices d'un propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle, en même temps que la *sûreté publique.*

Le C. Treilhard dit qu'il n'y a aucun inconvénient à être sévère à l'égard de l'architecte; le propriétaire ne connait pas les règles de la construction: c'est à l'architecte à l'en instruire, et à ne pas s'en écarter par une complaisance condamnable.

Le C. Bérenger ajoute que si l'action contre l'architecte n'a pas une durée trop longue, le bâtiment ne pourra périr sans qu'il soit évident que sa chute a pour cause un vice de construction.“

[1]) *Explication du C. N.*, VI, bl. 538.

[2]) Von Schwarze, *Commentar*, bl. 904: „Dieser Paragraph ist keineswegs auf die den Bau leitenden Techniker beschränkt, sondern leidet auch auf den Bauherrn Anwendung, insoweit ihm eine derartige Contravention nachgewiesen werden kann. Ebenso die einzelnen Arbeiter, soweit sie mit einzelnen Arbeiten beauftragt sind und hierbei die ihnen bekannten Regeln verletzen. Auch der Mangel an Aufsicht, durch welchen eine Gefahr für Andere entsteht, gehört hierher. Der Techniker kann sich mit dem Auftrage oder der Zustimmung des Bauherrn nicht entschuldigen.

Zum „Baue“ gehören auch Reparaturbauten. Auf die Absteifung der Nachbarhäuser, die Sicherung der Oberfläche bei unterirdischen Bauten, vorbereitende Erdarbeiten, so wie die Aufstellung eines Baugerüstes als eines Theils des Baues leidet der Paragraph Anwendung“.

[3]) „Der Besitzer eines Grundstückes ist verpflichtet, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters dafür zu sorgen, dass ein auf dem Grundstücke befindliches Gebäude oder sonstiges Werk nicht

bevat § 569 de volgende bepaling: „Der Uebernehmer [1]) ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass dasselbe die zugesicherten Eigenschaften hat, und dass es mit solchen Mängeln nicht behaftet ist, welche den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller von dem Uebernehmer die Beseitigung des Mangels binnen einer von ihm dem Uebernehmer zu bestimmenden angemessenen Frist verlangen" — en vergunt § 570 partijen „die Haftung des Uebernehmers wegen eines Mangels des Werkes durch Vertrag zu erweitern, beschränken oder erlassen", maar is „der Erlass oder die Beschränkung unwirksam, wenn der Uebernehmer den Mangel gekannt und dem Besteller verschwiegen hat". Overigens is de aanspraak van den aanbesteder, behalve in het laatstgenoemde geval, onderworpen aan een verjaringstermijn van 5 jaren [2]), maar kan „die Frist

---

in Folge fehlerhafter Errichtung oder in Folge mangelhafter Unterhaltung einstürzt. Wird diese Pflicht verletzt, so ist der Besitzer zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher einem Dritten aus dem dadurch verursachten Einsturze entstanden ist.

Wird auf fremdem Grund und Boden von einem Dritten in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder sonstiges Werk gehalten, so trifft denselben die im ersten Absatze bezeichnete Verantwortlichkeit an Stelle des Besitzers des Grundstückes.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den nach den Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes Verpflichteten die Unterhaltung des Werkes übernommen hat."

„Durch den Einsturz der auf Grundstücken befindlichen Gebäude und ähnlichen Werke können zahlreiche Dritte in erheblichstem Masse geschädigt werden. Der Gesetzgeber hat den dringendsten Anlass, zur thunlichsten Verhütung solcher Schäden durch positive Bestimmungen einzugreifen." Cf. *Motive zu dem Entwurfe*, Band II, bl. 816.

[1]) „Dass es für die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Werkvertrag gleichgültig ist, ob die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Arbeiten in sog. operae liberales oder illiberales bestehen, bedarf keines besonderen Ausdruckes." *Motive*, t. a. p., bl. 472.

[2]) „Als angemessene Frist erscheint eine Frist von fünf Jahren, indem nach diesen Ermittelungen bei Bauwerken, welche auf Dauer, d. h. nicht zu vorübergehenden Zwecken, aufgeführt sind, Mängel der Konstruktion und des Materiales des Bauwerkes regelmässig innerhalb fünf Jahren zu Tage treten und deshalb Einstürze, welche nach fünf Jahren seit der Vollendung erfolgen, regelmässig nicht auf einer fehlerhaften Ausführung des Baues, sondern auf anderen Ursachen be-

durch Vertrag bis zur ordentlichen Verjährungsfrist verlängert werden" (§ 571).

In ieder geval zijn ook volgens den Schr. (bl. 31) de algemeene regelen der aansprakelijkheid op ingenieurs (architecten) toepasselijk, al naarmate zij 1°. het plan van het werk maken met de daarbij behoorende begrootingen en bestekken, of 2°. ook toezicht houden bij de uitvoering van het werk, of 3°. nadat het werk gereed is, de deugdelijkheid daarvan onderzoeken. In het eerste geval zijn zij, zegt de Schr., natuurlijk aansprakelijk voor gebreken van den grond, die zij als lieden van het vak hadden moeten kennen, maar voor niet te voorziene grondwerkingen, zooals art. 1645 insluit, zijn zij het niet. Ik neem gaarne met den Schr. op gezag der stellers van het rapport aan, dat grondwerkingen dikwijls niet zijn te voorzien, maar ik blijf evenzeer bij mijne meening volharden, dat art. 1645 onderworpen is aan de algemeene bepaling van art. 1281 B. W., die elke verantwoordelijkheid voor overmacht door welke oorzaak ook uitsluit.

Op de vraag, of een ingenieur (architect) steeds het meest degelijke werk moet voorschrijven, antwoordt de Schr., dat dit van de omstandigheden zal afhangen (bl. 38). Ik ben het daarmede volkomen eens, als men onder omstandigheden verstaat het doel, waartoe het werk strekken moet, en wanneer dat doel niet in strijd is met de publieke veiligheid. Wanneer men dat op den voorgrond stelt, en ik meen, dat art. 1645, althans zooals het door mij gewijzigd is voorgesteld, daarmede niet in strijd is, dan geloof ik, dat, daargelaten den tijd der verantwoordelijkheid, al de daartegen gemaakte bezwaren zijn opgelost, en blijf ik mij, wat de nadere uitwerking van dit voorschrift aangaat, gaarne vereenigen met de door de Commissie voorgestelde en door den Schr. nauwkeurig behandelde voorschriften, alleen met dit voorbehoud, dat voor zooverre deze tot waarborg zouden moeten strekken niet slechts van het privaat- maar ook van het publiek belang, geen ingenieur (architect) zijne goedkeuring zoude moeten hechten aan een bestek of aan een bouwwerk, dat, naar zijne overtuiging, de bestemming van het werk in aanmerking

---

ruhen. Auf der anderen Seite ist es aber als bedenklich erachtet, mit der Frist zugleich die Rechtsvermuthung zu verbinden, dass, wenn vor Ablauf der fünfjährigen Frist das Bauwerk ganz oder theilweise einstürzt, der Einsturz durch einen von dem Uebernehmer zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden ist." *Motive*, t. a. p., bl. 489.

genomen, de voor het publiek belang volstrekt noodige waarborgen zoude missen [1]).

Mij rest ten slotte een woord van lof uit te spreken over de wijze, waarop de Schrijvers dezer proefschriften hunne wettelijke taak hebben volbracht; zoowel de keuze van het onderwerp, als de wijze van behandeling hebben overtuigend bewezen, dat beiden een open oog hebben voor eene practische rechtsbeschouwing waarbij niet het openbaar en bijzonder belang aan de theorie wordt opgeofferd, maar deze integendeel steeds daarmede in overeenstemming wordt gehouden.

Nov. 1889. F. A. R. A. van Ittersum.

Il rinnovamento della giurisprudenza filosofica secondo la Scolastica, door Valentino Rivalta. — Bologna, 1888.

De titel van het werk, de qualiteit welke de schrijver aanneemt, en de opdracht waarmede hij begint, wijzen onmiddellijk aan, op welk standpunt hij wenscht te staan. Hij verwacht eene omwenteling op het gebied der rechtsphilosophie door eene wederinvoering der *scholastiek*, hij noemt zich lid der philosophisch-medische Academie van den heiligen Thomas van Aquino, en draagt zijn werk op aan het hoofd der Katholieke Kerk, Paus Leo XIII. De schrijver beweegt zich dus op het gebied van geloof en gezag. Daardoor is m. i. eene critische beoordeeling van zijn werk uitgesloten. Het geloof toch is niet vatbaar voor discussie, men kan het door tegenspraak alleen kwetsen, en dat wensch ik allerminst. Ik zal mij dus in hoofdzaak bepalen bij eene aankondiging van zijn werk, dat in vele opzichten door ernstige studie en genialiteit uitmunt, en, met het oog op de eigenaardige richting van onzen tijd, bijzonder merkwaardig is. De schrijver toch verwacht van de door hem te verdedigen leer eenheid en universaliteit van rechtsbegrippen voor alle volken. Nu mag men betwijfelen of dat doel langs den

[1]) Dat waar het geldt de overtreding van een strafbepaling een aannemer er zich niet op kan beroepen te hebben gehandeld op aanwijzing van den aanbesteder, een Polderbestuur, daar dit niet medebrengt, dat hij strafrechtelijk niet verantwoordelijk zoude zijn voor de strafbare feiten, die hij overeenkomstig die aanwijzing door zijne werklieden heeft doen plegen, is beslist bij Arr. H. R. 27 Dec. 1887.

door hem aangewezen weg is te bereiken, zeker is het dat zij, die voor de vorming van een wereldrecht ijveren, ook met de leer der Kerk en met den tegenstand, van haar te verwachten, rekening hebben te houden. Buitendien is uit zijn boek de gevolgtrekking te maken, dat de strijd tusschen kerkelijk gezag en vrij wetenschappelijk onderzoek, die op het gebied van het lager onderwijs in onze dagen met zooveel felheid wordt gevoerd, zich ook meer dan voorheen zal uitstrekken op het gebied van het hooger onderwijs, in het bijzonder wat betreft de grondslagen der rechtswetenschap. Eindelijk mag niet worden miskend de groote invloed, welken de Kerk uitoefenen kan op sociale toestanden, door toepassing van het beginsel van liefde tot den naaste.

Rivalta beschrijft, in de eerste hoofdstukken van zijn boek, het verval van de wijsbegeerte van het recht in onze dagen, en hij beschuldigt achtereenvolgens van onmacht de historische school, het positivisme en de school van het natuurrecht. De historische school, die met zorg de bronnen van het recht nagaat, vervalt z. i. in een onberedeneerd optimisme; zij beschouwt als goed alle rechtsregels, die herleid kunnen worden tot een natuurlijk gevolg van geschiedkundige toestanden; zelfs tegenstrijdige wetten kunnen volgens haar goed en rechtvaardig zijn, wanneer zij maar overeenkomen met den volksgeest. Zij verwart aldus de verklaring van de oorzaken der wording van het recht met de rechtvaardiging der rechtsregels, en mist het begrip van de eeuwige beginselen van het ware, het goede en het rechtvaardige. Evenmin ziet hij heil in het nauw aan de historische school verwante positivisme, eene leer, die het bestaan van absolute rechtsnormen ontkent, en aanneemt dat het recht voortdurend verandert, naar gelang van de afwisselende behoeften van het sociale leven. Dit leidt z. i. tot een juridisch fatalisme, dat geen acht slaat op de innerlijke waarde der rechtsregels, en de ondervinding als eenige leermeesteres huldigt. De derde school, die van het natuurrecht, vindt volgens den schrijver haren oorsprong in het Romeinsche recht, dat het *jus naturale*, grondslag van het *jus gentium*, als een type van volmaaktheid beschouwde, bestemd om alle menschen in eene rechtsgemeenschap te vereenigen. Daardoor heeft het Romeinsche recht zijn oorspronkelijk egoïstisch karakter verloren, en aldus zijn de volken voorbereid op het Christendom, dat een volkomen evenwicht tusschen recht en moraal wist te bewaren. Dat evenwicht is echter verstoord, toen de wetenschap de moederkerk heeft verlaten, en

in de plaats van haar evenwicht een onredelijken en alleen op verbeelding berustenden natuurstaat heeft ingevoerd, gegrond op eene hypothetische gelijkheid en broederschap, en op de beweerde onafhankelijkheid van recht en moraal. Door alle deze dwalingen moet, volgens den schrijver, het verval der wijsgeerige rechtsstudiën in onzen tijd worden verklaard.

Redding verwacht de schrijver van de wederinvoering der methode van de *Scholastiek*, de moeder van alle wetenschappen. Als bekend veronderstelt hij wat men onder de algemeene uitdrukking „scholastiek" heeft te verstaan, en wat, eveneens in 't algemeen, als *de* methode der scholastiek is te bestempelen. Hij treedt althans niet in eene historische of methodische beschrijving. Nu omvat de uitdrukking „scholastiek" de geheele, nauw met theologie verbonden wijsbegeerte der middeleeuwen, zooals zij zich, vooral vóór de ontdekking en verspreiding der boekdrukkunst, in de *scholae* door het woord van tal van geleerde en beroemde mannen heeft ontwikkeld, van af den tijd van Karel den Groote tot aan de wording der moderne, van kerkelijke banden bevrijde wijsgeerige wetenschap. Hare geschiedenis strekt zich uit over meerdere eeuwen, hare aanhangers hebben stelsels, die wel in zooverre met elkaar overeenstemmen dat zij godgeleerdheid met wijsbegeerte verbinden, en van het rijke materiaal der oudheid, in het bijzonder van de werken van Aristoteles, gebruik maken om het geloof te steunen, maar die overigens wijd uit elkaar loopen en soms volslagen met elkaar in strijd zijn.

Om te kunnen begrijpen wat Rivalta bedoelt, moet men, buiten zijn werk om, een blik op de geschiedenis van de Scholastiek werpen. Men zal dan zien, hoe de wijsbegeerte zich langzamerhand ontwikkeld heeft in de *scholae.* Terwijl het geloof vrij wel een en hetzelfde blijft, klimt het gezag der wijsbegeerte; zij staat aanvankelijk onder, dan naast, en eindelijk min of meer vijandig tegenover het geloof. Daardoor ontstaan drie tijdperken, die bestempeld kunnen worden als de opkomst, de bloei en het verval van de Scholastiek. Is in het tijdperk der opkomst de wijsbegeerte de dienares van het geloof, *ancilla fidei*, in den bloeitijd is zij slechts daarmede verbonden door een band, die van het geloof de hoofdzaak, van de wijsbegeerte, of liever van de wetenschap in 't algemeen, eene bijzaak maakt. In het derde tijdvak staan de geloovigen en de geleerden steeds meer vijandig tegenover elkaar, het geloof en de wetenschap worden twee zelfstandige machten. Juist in het middentijdperk,

waarin geloof en wetenschap pogen samen te gaan, leefden St. Thomas van Aquino (1226—1274) en zijn leermeester Albertus Magnus. Zij wisten, toen de werken van Aristoteles, door Arabische vertalingen, meer in het Westen bekend werden, de wetenschap te beheerschen en haar te gelijker tijd eene betrekkelijk zelfstandige plaats aan te wijzen. Hunne leer onderscheidt twee soorten van waarheden: *bovennatuurlijke* en *natuurlijke*. De eerste zijn onttrokken aan de menschelijke rede en steunen op onmiddellijke openbaring; de tweede zijn vatbaar voor onderzoek van de zijde van den mensch. Tot het gebied van de laatste waarheden is de wetenschap beperkt; zij kan zich dus ontwikkelen op het haar toebedeelde gebied, maar zij mag nimmer de waarheden van de eerste soort in behandeling nemen, veel minder nog aanranden. Dit verklaart ons, dat de Scholastiek zoo verschillend is beoordeeld. Volgens sommigen, die alleen letten op de perken die zij aan de wetenschap heeft gesteld, is zij het toppunt van de overheersching van het dogma; voor anderen, die alleen oog hebben voor het veld dat zij voor de wetenschap heeft geopend, is zij het begin van de vrije gedachte, ja zelfs de voorbode van de Hervorming of van de revolutie. De bovenomschreven leer, met hare onderscheiding, welke hij op bl. 82—83 vermeldt, is hetgeen Rivalta verstaat onder *de* scholastische methode. Zij vormt het gronddenkbeeld der werken van St. Thomas van Aquino, en Rivalta stelt zich dan ook voor, aan te toonen, in overeenstemming met de Encyclica *Aeterni Patris* van Paus Leo XIII, d.d. 4 Augustus 1879, dat die methode eene volmaakte elementaire ontologie van het recht oplevert.

De scholastiek bevat, volgens den schrijver, de edelste en meest verhevene philosophie van het recht, zij stelt ons in staat o. a. de begrippen van wet, orde, staat en recht op de meest volmaakte wijze uit te werken, en de rechtvaardigheid te verbinden met een hoogst beginsel, een Opperwezen. Eene wet is, volgens de Scholastiek, eene moreele noodzakelijkheid om te handelen of te zijn, vastgesteld met het doel om de wereldorde der dingen te bewaren, zooals die door de wijsheid en heiligheid van God is begrepen. De wetten, die de wereldorde moeten handhaven, verdeelt de Scholastiek in drie soorten. Boven alles stelt zij de eeuwige wet, de *lex aeterna*, uitdrukking van de goddelijke wijsheid, die alle dingen bestuurt en alle handelingen leidt, eene wet die noodzakelijk is, gelijk het goddelijk wezen van wien zij afhangt. Deze wet, vastgesteld voor de eeuwigheid,

dringt in de ziel van den mensch en vormt aldus eene tweede wet, de *lex naturalis*, de goddelijke wet toegepast op de menschelijke gemeenschap. Maar de natuurlijke rechtsorde omvat plichten en rechten die onvolmaakt, onbestemd en betwist zijn; van daar de noodzakelijkheid van eene derde wet, de *lex positiva*, die medewerkt tot het doel van den Schepper, door de natuurwet te omschrijven en op de levensvoorwaarden toe te passen. Op die wijze ontstaat er eenheid in de rechtsorde; het doel van alle wetten is hetzelfde, alleen kan er nog verschil blijven bestaan ten aanzien van de middelen waarmede het doel kan worden bereikt. De Scholastiek onderscheidt verder eenen natuurstaat en eenen burgerlijken staat; de eerste berust onmiddellijk op de natuur, de tweede is ontstaan door den wil der menschen, de natuur levert daartoe alleen de drijfveer. Het is de taak van den burgerlijken staat positieve wetten te maken, hij vindt de bron van die wetten in de *lex naturalis*, maar deze steunt weer op hare beurt op de *lex aeterna*, de wereldorde die van God afkomstig is. Van daar ook, dat de Scholastiek vooropstelt dat het recht niet op den mensch steunt, en niet tot hoofddoel heeft zijne individueele vrijheid te handhaven, maar dat het zich richten moet naar eene hoogere moreele wet. De school maakt aldus het recht afhankelijk van de moraal. Anders, zegt Rivalta, zouden b. v. heiligheidsschennis, woeker, zelfmoord, tweegevecht, contractueele slavernij en, in het algemeen, elk leed dat *scienti et volenti* is aangedaan, zoo niet gerechtvaardigd, dan toch voor het recht onverschillig zijn.

Met alle kracht komt Rivalta op tegen de meening, dat de Scholastiek alleen historische waarde zou hebben. Naar zijne meening heeft zij zich niet alleen verdienstelijk gemaakt in vroegere tijden, maar is hare philosophische leer nog heden geschikt om, in 't bijzonder op het gebied van het recht, tot leiddraad te strekken. Zelfs de oude strijd over de vraag, of de soorten en andere universeele begrippen in werkelijkheid bestaan of slechts gedachten zijn, het onderwerp van den alouden twist tusschen realisten en nominalisten in de Scholastiek, wordt z. i. nog heden in alle takken der wetenschap onder andere namen voortgezet. Is het niet ook thans, zoo vraagt hij, het hoogste vraagstuk van de rechtsphilosophie te bepalen, of *rechtvaardigheid*, *recht*, *plicht*, *vrijheid*, enz. werkelijkheid zijn of slechts ijdele klanken? De oplossing van dergelijke vraagstukken verwacht de schrijver van eene wederinvoering der scholastische methode, waarin de rechtvaardigheid opklimt tot den Schepper,

die de wereldorde regelt, en alle wettelijke banden vasthecht aan eene eeuwige moreele orde, onafhankelijk van den menschelijken wil. De Scholastiek, zoo besluit hij, bevat in zich de kiemen van de ware rechtvaardigheid, van het ware recht. Het is de taak van den rechtsgeleerde die kiemen over te brengen in den bodem van het leven, en daarin te doen rijpen en ontwikkelen, wanneer hij althans niet verkiest de bepaling van het rechtvaardige en het onrechtvaardige over te laten aan den toevalligen samenloop en aan den strijd der belangen, of, om het kort te zeggen, wanneer hij geen vertrouwen stelt in de utopische stelling dat het recht van zelf en onbepaald vooruitgaat.

Ik meen op deze wijze voldoende te hebben beschreven, wat Rivalta verstaat onder de toepassing der scholastische methode op de rechtswetenschap. Het karakteristieke van die methode ligt in de *lex aeterna*, de hoogste, de goddelijke wet. Daar zij geplaatst is boven de *lex naturalis*, zoo moet zij eene bovennatuurlijke waarheid vormen, onttrokken, krachtens de leer der Scholastiek, aan onderzoek van de zijde van den mensch, die haar van de kerk heeft te verwachten. Wat die onderscheiding beteekent, kan men opmaken uit bl. 96 van het werk, waar de schrijver, onder aanhaling van bronnen, de stelling verdedigt dat *de positieve wet slechts verbindt wanneer zij rechtvaardig is;* of ook uit bl. 100, waar hij, in één adem met zelfmoord, bloedschande en veelwijverij, de *echtscheiding* noemt, die z. i. een onrecht is omdat zij in strijd is met den *waren* vorm van het huwelijk. De Kerk zal dus vaststellen wat de *lex aeterna* beveelt, de wetenschap zal zich alleen op het gebied der *leges naturales et positivae* kunnen bewegen. Al deel ik nu geenszins de meening van den schrijver, zoo kan ik die meening volkomen begrijpen, van zijn standpunt. Voor een geloovige als hij is, geeft het door hem verkondigde stelsel, bij eene zekere vrijheid van beweging, eene groote vastheid; het werkt als het anker dat het schip in de veilige haven houdt en onttrekt aan den invloed der stormen, maar — dat is het eenige woord van critiek dat ik mij veroorloven wil — ook als het anker dat de bewegingen van het schip beperkt tot den cirkel, die door den ankerketting wordt beschreven.

D. Josephus Jitta.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Nederland. — Als gewoonlijk vangen wij ons overzicht aan met de opsomming der belangrijkste wetten, die in 1889 in het Staatsblad verschenen. Daartoe behoort in de eerste plaats de wijziging der Lager-Onderwijs-Wet door de wet van 8 Dec. 1889 (*Stbl.* n°. 175), welke den geheelen politieken toestand beheerschte, doch te dezer plaatse geene bespreking verlangt. Verder vermelden wij:

1°. de wet van 5 Mei 1889 (*Stbl.* n°. 48) *houdende bepalingen tot het tegengaan van overmatigen en gevaarlijken arbeid van jeugdige personen en van vrouwen.* De wet treedt in werking op 1 Jan. 1890. Met dien datum vervalt de reeds sedert langen tijd als onvoldoende beschouwde Wet op den kinderarbeid van 19 Sept. 1874 (*Stbl.* n°. 130). Spoedig nadat de nieuwe wet tot stand kwam, zagen twee commentaren het licht, een van de hand van het kamerlid Mr. Goeman Borgesius, de andere bewerkt door den Groningschen Hoogleeraar Mr. Oppenheim. De algemeene maatregel van bestuur, in artt. 5, 7 en 11 der Wet bedoeld, verscheen in December, in verband met het naderend tijdstip van de invoering der wet;

2°. de wet van 23 Juni 1889 (*Stbl.* n°. 82) *houdende bepalingen tot voorkoming van bedrog in den boterhandel.* Naar aanleiding van het Voorloopig Verslag had de Regeering bij hare Memorie van Antwoord (16/19 Maart 1889) het oorspronkelijk Ontwerp gewijzigd en daarin, na het Eindverslag der Commissie van Rapporteurs, nog nadere veranderingen aangebracht. In beide Kamers vonden breedvoerige discussiën plaats. Bij Kon. Besl. van 30 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 155) werd bepaald, dat de wet zou in werking treden op 1 Jan. 1890, nadat een Besluit van den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, van 23 Oct. 1889, voorschriften had gegeven tot uitvoering van art. 2 der wet;

3°. de wet van 23 Juni 1889 (*Stbl.* n°. 83) *tot aanvulling van de vierde afdeeling van den eersten titel van het Wetboek van Strafvordering*, zie *Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 192. Alleen in de Eerste Kamer gaf zij stof tot eenig debat;

4°. de wet van 28 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 146) *tot nadere regeling van den dienst en het gebruik van spoorwegen, waarop uitsluitend met beperkte snelheid wordt vervoerd.*

Een nog juist te rechter tijd gereed gekomen wetje van 28 Aug. 1889 (*Stbl.* n°. 112) verlengde de kracht van art. 1 der Wet van 6 Maart 1818 opnieuw met één jaar, en wel tot 1 Sept. 1890. Voorts verdient nog te worden aangestipt, dat bij Kon. Besl. van 17 Aug. 1889 (*Stbl.* n°. 107) de algemeene maatregel werd vastgesteld, *bedoeld bij art.* 17 *van het Wetboek van Strafrecht*, en strekkende tot regeling van de toepassing der voorwaardelijke invrijheidstelling.

Een tweetal Ontwerpen, door de Tweede Kamer aangenomen, mochten niet de goedkeuring verwerven van den anderen tak der Volksvertegenwoordiging:

1°. het Ontwerp *tot verzekering van de toepassing van bij het Wetboek van Strafvordering toegelaten vrijheidsbeneming* werd in de Eerste Kamer door verschillende sprekers bestreden en op 18 Jan. 1889 met 34 tegen 12 stemmen verworpen. Erkend werd echter daarbij de noodzakelijkheid om het onderwerp te regelen. Reeds bij Kon. Boodschap van 3 Juli 1889 werd dan ook door de Regeering een nieuw Ontwerp ingediend, en wel van ruimer strekking, als zijnde bestemd *tot verzekering van de toepassing van bij de wet bevolen of toegelaten vrijheidsbeneming*. Dit Ontwerp is op 1 Jan. 1890 nog aanhangig;

2°. een Ontwerp van wet *tot instelling eener consignatiekas* werd ingediend bij Kon. Boodschap van 17 April 1889. Het Voorloopig Verslag van 28 Juni 1889 gaf den Ministers van Financiën en Justitie aanleiding, bij de Mem. van Beantwoording het Ontwerp te wijzigen (19/28 Aug. 1889). In de zitting van 3 Oct. 1889 vereenigde zich de groote meerderheid der Tweede Kamer met het Ontwerp, nadat was aangenomen een amendement van den Heer Veegens, volgens hetwelk niet alleen de consignatie, maar ook het aanbod van gereede betaling zou kunnen geschieden in Bankbiljetten. Eerst na deze beslissing bleek, welke vèrstrekkende beteekenis aan de opneming dezer bepaling zou kunnen worden toegekend. In de pers openbaarde zich daartegen eene hevige oppositie. Minst genomen moest worden erkend, dat het voorschrift niet te huis behoorde

in deze wet en dus zondigde tegen eene goede wetgevingstechniek. Onder die omstandigheden was het niet te verwonderen, dat de Eerste Kamer, op 17 Dec. 1889, het voorstel met bijna algemeene stemmen verwierp, al valt het te betreuren, dat, tengevolge van dit incident, eene regeling uitbleef, waaraan sinds lang behoefte was gevoeld.

Een Ontwerp *tot regeling van de gevolgen der naturalisatie ten aanzien van de echtgenoot en minderjarige kinderen van den genaturaliseerde*, ingediend 26 Oct. 1888, leed reeds in de Tweede Kamer schipbreuk. Op 17 Mei 1889 werd eene motie aangenomen, om de behandeling uit te stellen, in afwachting van eene regeling der geheele materie van het Nederlanderschap. De Regeering trok daarop het voorstel in.

Op 1 Jan. 1890 waren o. a. aanhangig:

1°. een Ontwerp *tot wijziging der Wet op de Rechterlijke Organisatie*, ten doel hebbende om de Hoven, ook als rechters in hooger beroep in strafzaken, te doen vonnissen met *vijf* raadsheeren (ingediend 12 Febr. 1889). De openbare meening liet zich over dit voorstel in weinig gunstigen zin uit, terwijl ook het Voorloopig Verslag, van 10 April 1889, de kans op aanneming onzeker doet schijnen;

2°. een Ontwerp *houdende bepalingen betreffende een voortgezet onderzoek door eene Staatscommissie omtrent den arbeid in, en omtrent den toestand van fabrieken en werkplaatsen met het oog op de veiligheid, de gezondheid en het welzijn der werklieden*, kwam in op 20 April 1889; op 17 Juli volgde het Voorloopig Verslag en reeds op 15/24 Aug. de Mem. van Beantwoording met een gewijzigd Ontwerp. Ook de titel werd veranderd. De Tweede Kamer nam op 21 Nov. het voorstel van wet aan, waarvan de strekking nu luidt: „om voorbereidende maatregelen te nemen tot het verkrijgen van de noodige kennis van feiten en toestanden ter beoordeeling in hoeverre aanvulling van de sociale wetgeving vereischt wordt". Het is weinig twijfelachtig, dat dit Ontwerp weldra tot wet zal worden verheven.

Met de wettelijke behandeling van het arbeidersvraagstuk, die door deze Regeering krachtig wordt aangevat, staat eveneens in verband:

3°. het Ontwerp *houdende bepalingen tot waarborging van de vrije beschikking door werklieden over hun verdiend loon*, d.d. 15 Mei 1889 (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 192). De afdoening van dit Ontwerp ging niet zoo snel, als de Minister — blijkens zijn voorstel om de wet op 1 Sept. 1889 te doen in werking treden — scheen te ver-

wachten. Het Voorloopig Verslag is gedagteekend 27 Sept. 1889 en tot dusver nog niet door de Regeering beantwoord. In het *Weekblad van het Recht*, nrs. 5718, 5720, 5722 werd door Mrs. Eyssell, de Pinto en Levy eene belangrijke gedachtenwisseling over dit Ontwerp gevoerd;

4o. een Ontwerp *houdende verbodsbepalingen tegen het dragen van wapenen* (Kon. Boodschap van 20 Mei 1889, Voorl. Verslag dd. 16 Oct. 1889);

5e. een Ontwerp *houdende bepalingen ter uitvoering van art.* 152, *2e lid, der Grondwet*, omtrent het gebruik van eigendom tot het voorbereiden en het stellen van militaire inundatiën, wanneer dit wegens oorlog of oorlogsgevaar wordt gevorderd (ingediend bij Kon. Boodschap van 16 Oct. 1889).

Bij de Begrootingsdiscussiën werden ook ditmaal weder de meest verschillende onderwerpen ter sprake gebracht. Grootendeels waren het oude bekenden, die in de belangstelling der Regeering werden aanbevolen: tractaten omtrent *pro-deo* procedure, uitleveringsverdragen speciaal met Griekenland en de Argentijnsche Republiek, de Jachtwet, de beteekening van exploiten door Rijksveldwachters, de kraaien en musschen in verband met de Vogelenwet, de arbeid in de gevangenissen, civielrechtelijke regeling van het looncontract, de Rijkspolitiewet, de Notariswet, enz., enz. Enkele nieuwe onderwerpen verschenen naast de bijna stereotype reeks, zoo o. a. de wenschelijkheid van een verzamelstaat van testamenten. De Minister verklaarde het eene punt niet uit het oog te verliezen, aan het andere zijne aandacht te zullen wijden, een derde te overwegen! Eenige meer bepaalde toezeggingen der Regeering behooren echter te worden herinnerd. Ten aanzien van het Ontwerp op het Faillissement werd medegedeeld, dat de Staatscommissie dit, naar aanleiding der opmerkingen o. a. door de Kamers van Koophandel gemaakt, heeft herzien, en dat er thans de laatste hand aan wordt gelegd, zoodat het Wetsontwerp zeer spoedig het Departement zal verlaten. De Ontwerpen betreffende het militair strafrecht en het Ontwerp van wet tot vaststelling van een reglement van krijgstucht zijn bij de Departementen in onderzoek en zullen nog in dit zittingjaar aan de Kamer worden ingediend. De regeling van het Nederlanderschap en het ingezetenschap in zijn geheel bij ééne wet wordt voorbereid. Eene herziening der Onteigeningswet is bij de drie daarbij betrokken Departementen in bewerking. Ten aanzien van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidde 's Ministers antwoord wat vaag: „eene partiëele

wijziging wordt niet uit het oog verloren". Eene bepaalde toezegging, wanneer het daartoe strekkende ontwerp gereed zal zijn, verklaarde de Minister echter vooralsnog niet te kunnen doen; ter verontschuldiging beriep hij zich op de vele werkzaamheden van wetgevenden aard, thans aan zijn Departement aanhangig.

Met betrekking tot den arbeid van de Staatscommissiën voor het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel gaf de Minister eenige inlichtingen. Wat de laatste betreft, zoo is zij gedurende geruimen tijd verhinderd geweest te vergaderen. Intusschen liggen bij haar wetsontwerpen gereed op het handelsregister en de firma, terwijl de laatste hand gelegd wordt aan de wetsontwerpen op de vennootschappen en het vrachtvervoer. Wat de Commissie voor het Burg. Wetb. aangaat, zoo deelde de Minister een en ander mede omtrent de wijze, waarop zij de bewerking van het Tweede Boek Burg. Wetb. voortzet.

Frankrijk. — Eene wet van 4 Juli 1889 voegt drie nieuwe alinea's bij art. 177 C. P. De straf, in dat artikel vermeld, wordt thans ook bedreigd tegen ieder die, verkozen bij krachtens wettelijk voorschrift uitgeschreven verkiezingen (*investi d'un mandat électif*), aanbiedingen of beloften aanneemt, of giften of geschenken ontvangt om te doen verkrijgen of te trachten te doen verkrijgen: ridderorden, medailles, onderscheidingen of belooningen, ambten of betrekkingen, of welke gunsten ook, die door het openbaar gezag worden verleend, of aannemingen van werken of andere voordeelen voortspruitend uit overeenkomsten met het openbaar gezag gesloten, en die aldus misbruik maakt van den waren of vermeenden invloed, die zijn ambt hem verschaft. — Ieder ander, die zich aan dergelijke handelingen schuldig maakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van 1 tot 5 jaren en geldboete. Ook kan de schuldige worden ontzet van de rechten, in art. 42 C. P. vermeld.

Eene uitvoerige en belangrijke wet van 24 Juli 1889 heeft ten doel de bescherming van kinderen, die mishandeld of zedelijk verwaarloosd worden. Het eerste Hoofdstuk handelt over ontzetting uit de vaderlijke macht. Art. 1 noemt vier gevallen, waarin de vader, de moeder en de overige bloedverwanten in de opgaande lijn van rechtswege de vaderlijke macht en alle daaraan verbonden rechten verliezen; alleen de wederzijdsche verplichting tot onderhoud blijft bestaan. Die

gevallen zijn: 1°. veroordeeling op grond van art. 334 § 2 Code Pénal; 2°. veroordeeling, als dader, mededader of medeplichtige, ter zake van een misdaad (*crime*) *tegen* de persoon der kinderen begaan, of als mededader of medeplichtige van eene misdaad, *door* een of meer van hunne kinderen gepleegd; 3°. twee veroordeelingen, als dader, mededader of medeplichtige, ter zake van een wanbedrijf (*délit*) tegen de persoon van de kinderen gepleegd; 4°. twee veroordeelingen wegens *excitation habituelle de mineurs à la débauche*. In zes gevallen, in art. 2 opgesomd, *kan* de ontzetting worden uitgesproken door den rechter, op vordering van de bloedverwanten of van het Openbaar Ministerie. Behalve verschillende gevallen van veroordeeling der ouders bij rechterlijk vonnis, behoort hiertoe het geval, dat de vader of moeder, door gewoonte van dronkenschap, door bekend slecht levensgedrag of door mishandeling, de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid der kinderen in gevaar brengt. Artt. 3—7 regelen de wijze van procedeeren; hangende het geding, kan de rechter voorloopige maatregelen voorschrijven ten aanzien van de zorg voor en de opvoeding van de kinderen. Wie uit de vaderlijke macht is ontzet, is volgens art. 8 onbevoegd om voogd, toeziende voogd, curator of lid van den familieraad te zijn.

Wordt de vader uit de vaderlijke macht ontzet, dan *kan* de rechter aan de moeder de uitoefening van de rechten der ouderlijke macht opdragen (art. 9). Geschiedt dit niet, of is de moeder vooroverleden, of is zij ontzet, dan beslist de rechtbank, of er eene voogdij zal worden ingesteld overeenkomstig de regels van het gemeene recht; op die voogdij zijn evenwel enkele bepalingen van den Code civil niet toepasselijk (art. 10). Wordt deze voogdij niet ingesteld, dan wordt de voogdij uitgeoefend door de *assistance publique*, vertegenwoordigd door de in art. 24 genoemde ambtenaren, die echter de bevoegdheid heeft, met behoud der voogdij, den minderjarige toe te vertrouwen aan andere instellingen en zelfs aan particulieren (art. 11). De rechter, over de voogdij uitspraak doende, bepaalt tevens het bedrag der uitkeering die de ouders, op wie de verplichting tot onderhoud rust, zullen hebben te doen, of verklaart dat er wegens het onvermogen der ouders geen uitkeering kan worden gevorderd (art. 12). Wenscht iemand, dat hem het kind zal worden toevertrouwd, dan kan hij, onder verklaring dat hij zich onderwerpt aan de verplichtingen van art. 364 § 2 C. c., zich bij rekest wenden tot de Rechtbank; de nadere regeling geeft art.

13. In artt. 15 en 16 wordt aangewezen, in welke gevallen en op welke wijze de ouders in de ouderlijke macht kunnen worden hersteld.

De Tweede Titel vangt aan met art. 17: wanneer openbare armbesturen, vereenigingen van liefdadigheid die daartoe zijn gemachtigd, of particulieren de zorg op zich hebben genomen voor kinderen beneden zestien jaren, die hun door de ouders of voogden zijn toevertrouwd, dan kan de rechter, in het belang dier kinderen, de rechten van de ouderlijke macht opdragen aan de *assistance publique* en de uitoefening dier rechten toestaan aan de inrichting of aan den particulier die deze kinderen verzorgt. Hebben deze instellingen of particulieren een kind opgenomen zonder medewerking der ouders of voogden, dan moeten zij, op straffe van boete, daarvan eene verklaring afleggen bij het Gemeentebestuur. Deze verklaring wordt aan de ouders beteekend. Eischen dezen het kind niet op binnen drie maanden, dan kunnen degenen, die het opnamen, van den rechter verzoeken, dat hun, in het belang van het kind, de uitoefening van de rechten der ouderlijke macht geheel of gedeeltelijk wordt toevertrouwd (artt. 19, 20). De ouders of voogden kunnen, in de zooeven behandelde gevallen, bij den rechter vragen, dat hun het kind worde teruggegeven; de verschillende beslissingen, die daarop kunnen genomen worden, omschrijft art. 21.

De kinderen, die volgens deze wet aan particulieren of aan vereenigingen voor liefdadigheid zijn toevertrouwd, staan onder toezicht van den Staat, vertegenwoordigd door den prefect van het departement. Dit toezicht zal bij reglement nader worden geregeld. De prefect en de *assistance publique* hebben steeds de bevoegdheid, bij den rechter te vorderen dat, in het belang van het kind, de particulier of de instelling zal worden ontzet van elk recht op dat kind, en dat het zal worden toevertrouwd aan de *assistance publique*.

Eene wet van 14 Aug. 1889 strekt om aan de verbruikers den aard van het product te doen kennen, dat onder den naam van wijn in het verkeer wordt gebracht, en bedrog te voorkomen bij den verkoop van dat product. Volgens art. 1 mag niemand onder den naam van wijn iets anders verzenden, verkoopen of te koop stellen dan het product der gisting van versche druiven (*raisins frais*). Het product der gisting van den droesem (*marcs de raisins frais*) met bijvoeging van suiker en water, evenals een mengsel van dit product met wijn, in welke verhouding ook,

mag alleen worden verzonden, verkocht of te koop gesteld onder den naam van *vin de sucre* (art. 2). Evenzoo mag voor het product der gisting van rozijnen, of het mengsel van dat product en wijn, alleen de naam *vin de raisins secs* worden gebruikt (art. 3). De vaten, die suiker- of rozijnenwijn bevatten, moeten met groote letters tot opschrift voeren: *vin de sucre*, *de raisins secs*. Dezelfde aanduiding is voorgeschreven voor de boeken, facturen, vrachtbrieven en cognossementen (art. 4). De vrachtbrieven enz., die de zendingen wijn, suikerwijn of rozijnenwijn vergezellen, moeten van bijzondere kleuren zijn, door een Ministerieël Besluit nader te regelen (art. 5). Overtreding dezer bepalingen wordt gestraft met geldboete van 25 tot 500 francs en gevangenisstraf van 10 dagen tot 3 maanden; art. 463 C.P. is daarbij toepasselijk. In geval van herhaling wordt steeds gevangenisstraf uitgesproken. Bovendien kan de rechter, met het oog op den ernst van het geval, bevelen dat het vonnis van veroordeeling, op koste van den veroordeelde, in de dagbladen zal worden openbaar gemaakt of op daartoe aan te wijzen plaatsen zal worden aangeplakt (art. 6). Eindelijk bepaalt art. 7, dat onder de vervalsching van levensmiddelen, voorzien in de wet van 27 Maart 1851, wordt gebracht elke bijvoeging bij wijn, suikerwijn, of rozijnenwijn, hetzij *bij* of *na* de gisting, van het product der gisting of distillatie van vijgen, *caroubes*, *fleurs de mowra*, *clochettes*, rijst, gerst of andere suikerhoudende stoffen. De vervalschte waar wordt verbeurd verklaard.

Zwitserland. — Den 17den November jl. had de volksstemming plaats over de Bondswet betreffende d e e x e c u t i e w e g e n s s c h u l d e n e n h e t f a i l l i s s e m e n t, van welker inhoud wij in onze laatste aflevering (jg. 1889, bl. 608 vlg.) een overzicht gaven. De beweging tegen de wet, die na langdurige voorbereiding onder medewerking van alle partijen was tot stand gekomen, ging uit van de ultramontaansche partij, die, ontevreden over de houding der Bondsregeering in zake het lager onderwijs, de verwerping der wet als middel had aangegrepen om zich op de regeering te wreken en haar eene nederlaag te bezorgen. Deze partij vond steun bij de zoogen. volkspartij van Bern en bij allen, die zich, zooals de zaakwaarnemers, door de invoering der wet, in een weinig eervol bestaan bedreigd zien.

De instelling der volksstemming had eene zware proef te doorstaan; van den uitslag zou afhangen, of een arbeid van 20 jaren aan de partij-politiek zou worden ten offer gebracht. Tot eer

van Zwitserland werd die ramp voorkomen; het gezond verstand zegevierde, maar de meerderheid was gering. Tegenover 244,212 voorstemmers stonden 217,598 tegenstemmers; van twee en twintig kantons was in dertien de meerderheid tegen de wet, in negen daarvoor. De Westelijke kantons: Waadtland, Genève en Neufchâtel, gaven met Zurich en Schaffhausen den doorslag. In Bern telde men 33,000 voorstemmers tegen 31,500 tegenstemmers. De ultramontaansche kantons: Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Grauwbunderland, Tessin en Freiburg gaven alle eene aanzienlijke meerderheid aan de tegenstemmers. Dezen hadden bovendien de meerderheid in de kantons Solothurn, Appenzell, St. Gallen en Aargau, terwijl Thurgau, Bazel en Glarus aan de andere zijde stonden.

Door de aanneming der wet heeft de Zwitsersche rechtseenheid weder eene belangrijke schrede voorwaarts gedaan; ongetwijfeld zal deze uitslag er toe leiden om op den ingeslagen weg nog verder te gaan en het gebied der bondswetgeving steeds meer uit te breiden.

B. Diversa.

De *Nederlandsche Juristen-Vereeniging* hield, op 29, 30 en 31 Augustus 1889, te Amsterdam hare twintigste jaarlijksche vergadering, onder voorzitterschap van Mr. E. N. Rahusen. Behandeld werden de volgende onderwerpen.

I. Moet de verbintenis uit overeenkomst afhankelijk gesteld worden van het bestaan en de geldigheid eener schuldoorzaak (causa)?

Praeadviseurs: Mrs. J. P. Moltzer en J. C. Naber, hoogleeraren te Amsterdam en te Utrecht.

Over de volgende vraagpunten werd gestemd:

1. Behoort de enkele overeenkomst gerekend te worden als voldoende voor het ontstaan eener verbintenis, behoudens het beginsel nedergelegd in het 3de lid van art. 1374 B. W.? (Voorgesteld door Prof. Naber en 9 andere leden; met groote meerderheid ontkennend beantwoord.)

2. Behoort de enkele schuldbekentenis als volledig bewijs, behoudens tegenbewijs, erkend te worden? (Voorgesteld door Dezelfden; met groote meerderheid ontkennend beantwoord.)

3. Behoort de enkele — mits aangenomen — belofte erkend te worden als voldoende voor het ontstaan eener verbintenis uit overeenkomst? (Vraagpunt van het Bestuur; met 22 tegen 15

stemmen ontkennend beantwoord, 1 lid buiten stemming.)

4. Behoort voor elke — ook bloot mondelinge — aangenomen belofte het bestaan eener geoorloofde schuldoorzaak (grond der verbintenis) te worden ondersteld, behoudens tegenbewijs? (Met 21 tegen 12 stemmen ontkennend beantwoord, 4 leden buiten stemming.)

5. Behoort dit vermoeden alleen voor de in schrift gebrachte belofte te gelden? (Ontkennend beantwoord met 24 tegen 7 stemmen, 6 leden buiten stemming.)

II. Verdient de invoering van het warrantstelsel ten onzent aanbeveling? Zoo ja, op welke grondslagen ten civiele?

Een praeadvies was uitgebracht door Mr. N. G. Pierson, president der Nederlandsche Bank, te Amsterdam. Mr. M. Th. Goudsmit, Advocaat te Rotterdam, die eveneens een praeadvies over het warrantstelsel had toegezegd, moest om gezondheidsredenen dien arbeid opgeven. In zijne plaats leverde Mr. J. A. Levy, advocaat te Amsterdam, eene studie over het onderwerp, die hij in *Themis*, 1889, bl. 344 nog aanvulde [1].

Gestemd werd over de volgende vraagpunten:

1. Behoort ten onzent het dubbele bewijs te worden ingevoerd? (Toestemmend beantwoord met 16 tegen 13 stemmen, 10 leden buiten stemming.)

2. Behoort de wet de daaruit voortvloeiende rechtsbetrekkingen als zoodanig te regelen? (Toestemmend beantwoord met 21 tegen 11 stemmen, 7 leden buiten stemming.)

III. Moet in het contradictoir geding wegens misdrijf, in het algemeen of onder eenige beperking, worden aangenomen de noodzakelijkheid van rechtskundigen bijstand van den beklaagde? Zoo ja, hoe moet in dien bijstand worden voorzien, indien niet een door den beklaagde gekozen raadsman voor hem optreedt?

Praeadviseurs: Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré, Officier van Justitie te Haarlem en Mr. C. A. Vaillant, advocaat te 's-Gravenhage.

In stemming kwamen de volgende vraagpunten:

1. Moet de wet bepalingen inhouden, uit kracht waarvan in het contradictoir geding wegens misdrijf voorzien wordt in den rechtskundigen bijstand van den beklaagde, indien hij zelf door opdracht zijner belangen aan een rechtsgeleerd raadsman daarin niet voorziet? (Met algemeene stemmen aangenomen.)

---

[1]) Hetzelfde tijdschrift bevatte nog opstellen van de Heeren Mr. A. Heemskerk en P. N. Muller over het vraagstuk der *Warrant*.

Zoo ja,

2. Moet deze voorziening gelden:

in alle gevallen? of wel

in sommige gevallen, bijv.:

a. ter zake van bepaald in de wet aan te wijzen misdrijven (§ 140 D. Wetb.)?

b. indien eene instructie in de zaak is gelast?

c. indien de beklaagde zich in verzekerde bewaring bevindt? (artt. 121, 132, 236, 300 Svord.)?

(Alle vragen sub 2 achtereenvolgens met zitten en opstaan ontkennend beantwoord door de groote meerderheid.)

3. Moet de voorziening in de gevallen, waarin de wet haar voorschrijft, afhankelijk zijn van

a. het verzoek van den beklaagde?

b. zijn onvermogen om zelf de kosten van den bijstand te dragen?

(Vragen 3*a* en 3*b* ontkennend beantwoord, de laatste met 24 tegen 23 stemmen.)

4. Moet de rechtskundige bijstand in de gevallen, waarin de wet dezen voorschrijft en de beklaagde zelf daarin niet voorziet, uitsluitend worden opgedragen aan de balie?

Zoo ja,

a. zonder aanspraak op honorarium? of

b. met aanspraak op honorarium, uit te betalen door den Staat en op te nemen onder de proceskosten (§ 150 D. Wetb.)?

(Vraag 4 met algemeene stemmen, 4*b* met 27 tegen 19 stemmen bevestigend beantwoord, vraag 4*a* daardoor vervallen.)

5. Moet de opdracht geschieden:

a. van wege de balie? of

b. door of van wege den Voorzitter van het college, waarbij de zaak in eersten aanleg of in hooger beroep dient?

(Vraag 5*a* door eene groote meerderheid bevestigend beantwoord.)

Tot bestuursleden werden gekozen Mrs. G. A. van Hamel, Jozua van Eik Jzn. en H. L. Drucker. Besloten werd de volgende vergadering te houden te Zutphen, met machtiging van het Bestuur om eene andere plaats te kiezen, indien tegen de keuze van Zutphen bezwaren mochten blijken te bestaan.

Het Bestuur der Nederlandsche Juristenvereeniging heeft voor de Algemeene Vergadering. in Zutphen gedurende twee dagen kort vóór of na 1 Juli 1890 te houden, aan de orde gesteld de navolgende onderwerpen:

I. Moet, ten aanzien van roerend goed, de wet uitgaan van den regel, dat eigenaar of pandhouder is hij, die als zoodanig bezit, behoudens de verplichting van elken houder tot teruggaaf van het goed aan hem, die het buiten zijnen wil is kwijt geraakt? Praeadviseurs: Mrs. P. van Bemmelen en Roelvink.

II. Is invoering der voorwaardelijke veroordeeling, in den zin der Belgische wet van 31 Mei 1888, in Nederland wenschelijk? Zoo ja, hoe moet zij er geregeld worden? Praeadviseurs: Mrs. D. J. Mom Visch en L. U., de Sitter.

Onderstaand rapport over de regeling van het *wisselprotest* werd in het afgeloopen jaar, op verzoek van het Hoofdbestuur der Vereeniging tot Bevordering van Fabrieks- en Handwerksnijverheid in Nederland, door eene daartoe benoemde Commissie uitgebracht. Wij geven het hier eene plaats, ten einde het onder de aandacht te brengen ook van diegenen onzer lezers, die er nog geen kennis van hebben genomen.

Het rapport luidt:

„De ondergeteekenden hielden zich, ingevolge Uwe opdracht, onledig met een onderzoek naar de wijzigingen, welke in de voorschriften over het protesteeren van wissels wenschelijk zijn. Zij hebben de eer U hierbij de slotsom hunner overwegingen mede te deelen.

Omtrent het onderwerp van hun opdracht werd verleden jaar een belangrijk rapport uitgebracht door eene sub-commissie, daartoe benoemd door de afdeeling Utrecht uwer Vereeniging, hetwelk is afgedrukt op blz. 147 en vlg. van het Verslag van de 37ste Algemeene Vergadering, gehouden te 's-Gravenhage den 6den en 7den Augustus 1888. Deze sub-commissie doet verschillende vereenvoudigingen van het wisselprotest aan de hand, gedeeltelijk reeds opgenomen in het Ontwerp van Wet op „het Handelspapier" den Koning aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Zijner Majesteits Besluit van 22 November 1879, no. 26, en met de Memorie van Toelichting in 1886 uitgegeven. Men zie de artt. 91—94.

Uwe Commissie heeft zich in de eerste plaats de vraag gesteld of niet wijzigingen van meer ingrijpenden aard mogelijk zouden zijn, dan die welke in het rapport der Utrechtsche subcommissie en in het aangehaalde ontwerp worden voorgesteld, daar deze aan de bestaande grieven wel eenigszins te gemoet komen, doch volstrekt niet in staat zijn ze geheel weg te nemen.

Na nauwgezette overweging kwam de Commissie tot de over-

tuiging, dat die vraag volmondig toestemmend moet worden beantwoord. De Commissie is namelijk van oordeel, dat den betrokkene de bevoegdheid kan worden gegeven om zijne weigering om te accepteeren of te betalen eigenhandig op den wissel te constateeren, en dat in dit geval de formaliteit van protest geheel achterwege kan blijven. De door den betrokkene op den wissel te schrijven verklaring zou moeten inhouden: de weigering, — bijv. door de woorden „geweigerd te accepteeren", „acceptatie geweigerd" of „geweigerd te betalen", „betaling geweigerd", al of niet met bijvoeging der redenen als: „niet akkoord", „geen fonds ontvangen" of iets dergelijks, — alsmede de dagteekening en onderteekening. Dergelijke verklaring kan, zonder dat daardoor de rechtszekerheid in het minst in gevaar wordt gebracht, gevoegelijk het protest vervangen. Ter adstructie daarvan meent de Commissie er op te moeten wijzen dat alle belangrijke rechtshandelingen, waartoe de wissel overigens aanleiding kan geven, zooals het endosseeren van den wissel, het geven van aval, de acceptatie en de betaling van den wissel, niet anders geconstateerd worden dan door eenvoudige verklaringen door den betrokken persoon op den wissel gesteld, zonder dat eenige andere formaliteit of de tusschenkomst van een openbaar ambtenaar wordt gevorderd. Er is geen reden aan te wijzen, waarom niet hetzelfde zou kunnen gelden ten aanzien van de weigering om te accepteeren of te betalen; waarom deze handeling of dit feit op eene andere meer solemneele wijze zou moeten worden geconstateerd; waarom de verklaring van den betrokkene „ik weiger te accepteeren" of „te betalen", minder kracht en minder beteekenis zou hebben dan de voor alle bij den wissel geïnteresseerde personen even gewichtige verklaring „ik accepteer".

Mocht men wijzen op de wenschelijkheid, dat de datum van de weigering om te betalen vaststa, dan mag hiertegen worden aangevoerd, dat de data van de endossementen en van de acceptatie van evenveel belang kunnen zijn, terwijl juist de verplichting des houders om de betaling te vragen op den vervaldag, in verband met zijne verplichting om van de weigering om te betalen aan zijn voorman kennis te geven, een waarborg oplevert tegen misbruiken.

In de Belgische wet „sur les protêts" van 10 Juli 1877 is reeds eene schrede gedaan in de richting door de Commissie aangewezen. Volgens art. 5 dier wet kan het protest van non-acceptatie of van non-betaling vervangen worden door eene verklaring, die de weigering om te accepteeren of te betalen constateert, ter-

wijl art. 6 nader bepaalt: „Les déclarations prévues par l'article précédent sont consignées soit sur l'effet, soit dans un acte séparé. Elles sont datées et signées par la personne requise d'accepter ou de payer.“ Hierin wijkt deze wet echter af van het voorstel Uwer Commissie, dat zij de vervanging van het protest door eene verklaring van dengene, die de gevraagde acceptatie of betaling weigert, alleen dan toelaat, *als de houder er in toestemt.* Deze beperking acht de Commissie geheel verwerpelijk; één van beide toch is waar: òf de verklaring van non-acceptatie of non-betaling is een ondeugdelijk middel om de weigering te constateeren, òf zij is een middel even deugdelijk als het opmaken van een protest. Is het eerste juist dan moest eene verklaring op den wissel nooit toegelaten worden, is daarentegen het tweede juist, en hiervan is Uwe Commissie overtuigd, dan mag het gebruik van dit eenvoudige en kostelooze middel ook niet afhankelijk gesteld worden van het goedvinden van eene der betrokken partijen.

Raadpleegt men de praktijk, dan blijkt dat het meerendeel der binnenlandsche en ook vele uit het buitenland getrokken wissels, met de clausule „zonder kosten“ worden uitgegeven en dat bij deze de weigering om te accepteeren of te betalen noch door protest noch op andere wijze wordt geconstateerd, zonder dat dit tot moeilijkheden aanleiding geeft. De waarneming van dit feit heeft de Commissie tot de conclusie geleid, dat het in de tweede plaats wenschelijk is, bij binnenlandsche wissels (d. w. z. wissels niet uit of op het buitenland getrokken) het protest in elk geval facultatief te stellen. De rechtstoestand zou dan deze worden. Weigering om te accepteeren of te betalen wordt geconstateerd door eene schriftelijke, gedagteekende en onderteekende verklaring, door den betrokkene op den wissel te stellen; weigert deze bedoelde verklaring te doen, dan is de houder verplicht protest op te maken indien de wissel uit het buitenland getrokken is. Is dit laatste niet het geval dan is de houder *bevoegd* protest van non-acceptatie of van non-betaling op te maken, doch daartoe *niet verplicht.*

In verband hiermede zou verder bepaald moeten worden, eensdeels dat de houder, het protest achterwege latende, in geval van tegenspraak het bewijs van de tijdige aanbieding des wissels en van de weigering om te accepteeren of te betalen door andere middelen, bijv. door getuigen, heeft te bewijzen; anderdeels dat hij, het protest opmakende, de kosten daarvan aan hen, die hem regres verschuldigd zijn, in rekening kan brengen.

Verder mag men niet gaan; werden de kosten van het protest ten laste van den houder gebracht, het protest ware feitelijk afgeschaft. Verlangt de trekker bepaald dat niet geprotesteerd wordt, hij kan zich bedienen van de clausule „zonder kosten", die, naar vrij algemeen wordt aangenomen, den houder verplicht om niet te protesteeren, en waaraan ook in art. 63 van het Ontwerp van Wet op het „Handelspapier" deze uitleg wordt gegeven, immers wij lezen daar in al. 3: „De kosten van een protest gedaan in strijd met het verzoek (om geen protest te doen opmaken, vervat in de uitdrukking „zonder kosten"), blijven voor rekening van hem, die het heeft doen opmaken."

Van de bestaande wisselwetten stelt reeds de Engelsche wet van 1882, art. 51, het protest facultatief. „Where", aldus luidt de 1ste alinea van dit artikel, „an inland bill has been dishonoured it may, *if the holder thinks fit*, be noted for non-acceptance or non-payement, as the case may be; *but it shall not be necessary to note or protest any such bill in order to preserve the recourse against the drawer or indorser.*" Dat juist in het land, waar het wisselverkeer ontegenzeggelijk den grootsten omvang heeft verkregen, de *verplichting* om te protesteeren zonder schade wordt gemist, is zeker wel het meest overtuigende bewijs voor de praktische bruikbaarheid van het voorstel Uwer Commissie.

Naast deze meer principieele wijzigingen, strekkende om met de formaliteit van het protest als absoluut noodwendig vereischte te breken, acht de Commissie ten slotte vereenvoudiging van de wijze van protesteeren zelve zeer gewenscht.

Met de Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel en de sub-commissie van het Departement Utrecht gaan de ondergeteekenden mede, waar zij overneming van het Belgische stelsel niet aanbevelen. Trouwens de meergemelde Belgische wet „sur les protêts" vordert in het wezen der zaak hetzelfde als de Nederlandsche wet, al zij het in anderen vorm; een „acte de protêt" overeenkomende met onze akte van protest, een „bulletin d'avis" overeenkomende met ons „afschrift van het protest" en inschrijving in een „carnet à souche" overeenkomende met de inschrijving in het bijzondere register van art. 183 Wetboek van Koophandel.

De ten onzent voorgeschreven vorm laat echter vereenvoudiging toe, terwijl de kosten voor vermindering vatbaar zijn. De getuigen, zonder wier bijstand de deurwaarder reeds thans de meeste en daaronder de gewichtigste akten opmaakt, kunnen

wegvallen (aldus ook het Ontwerp van Wet op „het Handelspapier" en de Utrechtsche sub-commissie); het afschrift van den wissel, dat thans *aan het hoofd* van de akte geplaatst moet worden, kan evenzeer gemist worden, en daarvoor in de plaats treden eene aanduiding van den inhoud van het stuk, dat ter acceptatie of betaling wordt aangeboden, *in* de akte van protest; het gebruiken van een formaatzegel van *f*—.15 (thans *f*—.25) voor de akten worden toegelaten.

Voorts zou de bepaling, dat de deurwaarder of andere beambte verplicht is een afschrift van het protest aan den betrokkene te laten, kunnen vervallen. In de praktijk gebeurt het reeds thans vaak, dat de betrokkene den deurwaarder verzoekt het afschrift maar achterwege te laten, daar dit hem tot niets nut is en de kosten er door verhoogd worden. Op een dergelijk verzoek mag de deurwaarder echter niet ingaan; toch is het niet te loochenen dat de betrokkene aan het afschrift weinig heeft, daar zijne rechten en verplichtingen jegens den houder en den trekker van het tijdig opmaken van een protest geheel onafhankelijk zijn. Daarom verdient het de voorkeur, aan den betrokkene over te laten of hij al of niet een afschrift verlangt en dus te bepalen, dat de deurwaarder te allen tijde verplicht is den betrokkene, op diens verlangen en tegen betaling der kosten, een afschrift te geven van de akte van protest.

Ten slotte meent de Commissie te moeten wijzen op de wenschelijkheid om, zooals reeds in art. 91 van het ontwerp van wet op het „Handelspapier" wordt voorgesteld, het protesteeren van wissels toe te laten van 9 uur des morgens tot 8 uur des avonds.

Indien de hierboven ontwikkelde denkbeelden verwezenlijkt mochten worden, zouden de bestaande grieven tegen de regeling van het wisselprotest geheel worden weggenomen. De betrokkene zou het in zijn macht hebben het opmaken van protest te voorkomen door op den wissel een verklaring te plaatsen, dat hij de acceptatie of de betaling weigert; de houder bij gebreke van dergelijke verklaring bij binnenlandsche wissels de keuze hebben om al of niet protest te doen opmaken, de keuze om zich voor eenige kosten een authentiek, schriftelijk bewijs te verschaffen of geen kosten te maken, maar zich dan ook een eenigszins moeilijker bewijslevering te getroosten; de clausule: „zonder kosten" zou hare beteekenis behouden als mede brengende de *verplichting* tot het niet opmaken van protest; terwijl eindelijk voor de gevallen dat geprotesteerd werd, de vormen

vereenvoudigd en de kosten belangrijk geringer zouden zijn. Bezwaren van eenige beteekenis gelooft de Commissie niet, dat tegen hare voorstellen kunnen worden aangevoerd, althans geen bezwaren waartegen het voordeel, verbonden aan de afschaffing van een het wisselverkeer belemmerend formalisme, niet ruimschoots zou opwegen.

De Commissie voornoemd

Mr. W. L. P. A. Molengraaff.
Mr. J. B. v. Berckel.
C. A. Koulon."

In het begin van Aug. 1889 hield de *Internationale criminalistische Vereeniging* hare eerste bijeenkomst, en wel te Brussel, onder voorzitterschap van Prof. Prins, een van de oprichters der Vereeniging. Een dertigtal leden woonden de vergadering bij; daaronder waren rechtsgeleerden uit bijna alle landen van Europa, vier uit Nederland. De ons toegezonden *Mededeelingen* (*Mittheilungen*, *Bulletin*) der Vereeniging geven in Afl. 3 een verslag van het verhandelde, in de Duitsche en Fransche taal. In zijne openingsrede schetste de President nog eens kortelijk het doel der Vereeniging, in de Statuten omschreven en in eene nota der oprichters (*Bulletin*, I, bl. 19) nader ontwikkeld. Hij zeide o. a. het volgende: Het abstracte type van het misdrijf en van den misdadiger verdwijnt; meer en meer beschouwen wij de criminaliteit als een maatschappelijk verschijnsel, afhankelijk van maatschappelijke oorzaken, den delinquent als een levend wezen, onderworpen aan de voorwaarden van het menschelijk leven. Die oorzaken en die voorwaarden moeten wij navorschen.... Wij moeten ons doordringen van den plicht, om de straf te individualiseeren. Wie op alle misdadigers, ter wille van een beginsel, al moge dit ook uitmuntend zijn, hetzelfde stelsel, dezelfde behandeling toepast, handelt als een dokter, die voor alle zijne zieken slechts één geneesmiddel zou gebruiken... Wij moeten den band grijpen, die met het vonnis, door den rechter uitgesproken, de wijze van uitvoering verbindt... Wij moeten inzien dat, in den strijd tegen de misdaad, de preventieve maatschappelijke instellingen te verkiezen zijn boven maatregelen van bedwang. Prof. v. Liszt voegde nog hierbij: Onze Unie is in het leven getreden niet als eene school of als eene doctrinaire secte; van den aanvang af hebben wij ons ten doel gesteld een vereenigingspunt te vormen voor allen die overtuigd zijn, dat de

strafrechtswetenschap moet rusten op den stevigen grondslag der feiten, dat zij zich moet aansluiten aan de werkelijkheid van het individueele en maatschappelijke leven, dat zij meer moet zijn dan eene bloot intellectueele ontwikkeling van zuiver juridische begrippen. Ten bewijze dat dit streven belangstelling en sympathie vindt, kon worden medegedeeld, dat reeds 260 personen uit alle deelen der wereld als leden waren toegetreden — op 15 Oct. 1889 was dit getal tot 310 geklommen.

De Vergadering behandelde de volgende onderwerpen en nam de volgende besluiten:

I. Kan men den wetgever aanraden, op het voorbeeld van België (Wet van 31 Mei 1888, zie *Rechtsg. Mag.*, 7, bl. 625), de voorwaardelijke veroordeeling in te voeren, vooral als een middel om de bovenmatige uitbreiding der kleine vrijheidsstraffen te keer te gaan? Praeadviezen waren uitgebracht door Prof. Prins (Brussel) en Prof. Lammasch (Weenen). In het debat werden nog belangrijke mededeelingen gedaan omtrent de werking van dergelijke instellingen in Noord-Amerika en omtrent plannen tot invoering ervan in Frankrijk. Bij acclamatie werd aangenomen deze motie: de Vereeniging raadt den wetgevers van alle landen de invoering aan van het beginsel der voorwaardelijke veroordeeling, dringt echter tevens aan op de noodzakelijkheid om de grenzen ervan te bepalen naar plaatselijke omstandigheden en rekening te houden met het karakter en den zedelijken aard van ieder volk. Tot de bijvoeging der laatste zinsnede gaven de opmerkingen van Garofalo (Napels) aanleiding.

II. Welke maatregelen kan de wetgever nemen om de vrijheidsstraffen van korten duur te beperken? Prof. v. Liszt (Marburg, thans Halle) en Garofalo (Napels) hadden hierover gepraeadviseerd. Als resultaat der beraadslaging werden de volgende wenschen geformuleerd: „De Vereeniging meent, dat de wetgever in ernstige overweging behoort te nemen de maatregelen, die geschikt zijn in de plaats te treden voor de gevangenisstraffen van korten duur. Zij beveelt met name aan: 1°. het cautiestelsel; 2°. elke hervorming die strekt om betaling der boete te verkrijgen en aldus de subsidiaire opsluiting te voorkomen." Nog andere middelen werden besproken. De rechterlijke vermaning (*admonestation*, *Verweis*) vond geen bijzonder gunstig onthaal. Ook de toekenning der bevoegdheid aan den delinquent om met den beleedigde de zaak te schikken werd niet algemeen wenschelijk geacht. De behandeling van den *strafarbeid* werd tot de volgende bijeenkomst aangehouden.

III. Omtrent de recidieve was de vergadering voorgelicht door praeadviezen van Prof. van Hamel (Amsterdam) en den advocaat Lucas (Porto). Na belangwekkende debatten werd met algemeene stemmen aangenomen het voorstel van Prof. van Hamel: „de Vereeniging is van meening, dat het tegenwoordige stelsel ten aanzien van de bestrijding der recidivisten in beginsel gebrekkig is en geheel onvoldoende om de recidive te keer te gaan. Onder de gebreken van dat stelsel rekent zij vooral: 1°. het gemis aan classificatie, de eenvormigheid in de behandeling van gewoonte- en gelegenheidsmisdadigers; 2°. het misbruik der te korte straffen, waarvan het gevolg is dat de recidivisten in de maatschappij terugkeeren zonder dat deze voldoende beschermd is."

IV. De vraag omtrent de behandeling van jeugdige misdadigers werd, op voorstel van den praeadviseur v. Moldenhawer (Warschau), voor het volgende Congres bewaard.

De oprichters der Vereeniging, de Heeren van Hamel, v. Liszt en Prins, werden tot definitief Bestuur benoemd. Besloten werd, in het volgende jaar, op eene nader aan te wijzen plaats, weder te vergaderen. Intusschen zullen er in de verschillende landen nationale Comité's worden gevormd om voor de denkbeelden der Vereeniging propaganda te maken in de wetgeving der verschillende Staten. In Italië, Zwitserland, Duitschland, Oostenrijk en Hongarije wordt de vorming van dergelijke Afdeelingen reeds voorbereid.

Tot de vele congressen, in den zomer van 1889 te Parijs gehouden, behoorde ook dat, hetwelk zich ten doel stelde de studie der vraagstukken betreffende de ongelukken, bij den arbeid voorkomende. Door de Fransche Regeering en het Parijsche gemeentebestuur gesteund, kwam het van 9—14 Sept. bijeen. Ingeschreven waren 760 leden; daaronder 27 buitenlandsche afgevaardigden, 11 landen vertegenwoordigend. Het Congres verdeelde zich in drie Afdeelingen: eene technische, eene statistisch-administratieve en eene economisch-legislatieve. Van de handelingen der laatstgenoemde sectie bevat de *Belgique Judiciaire*, 1889, nrs. 96—98, een uitvoerig verslag. Omtrent de aansprakelijkheid voor ongelukken werd een zeer belangrijk rapport uitgebracht door den heer Dejace, hoogleeraar te Luik. In de langdurige levendige gedachtenwisseling daarover gevoerd openbaarde zich veel verschil van gevoelen. Eenstemmigheid bestond echter vooreerst hierover, dat de bestaande Fransch-Belgische wetgeving geheel

onvoldoende is. Algemeen vond ook bijval het begrip van het *risque professionnel:* waar een ongeluk plaats heeft zonder dat schuld van den werkgever bewijsbaar is, terwijl evenmin aan den arbeider schuld is te wijten, waar dus toeval of twijfelachtige oorzaken het ongeluk hebben doen ontstaan, zal de patroon verplicht zijn *niet* tot vergoeding der geheele schade, maar wèl tot eene bijdrage ter gedeeltelijke vergoeding.

Door den Heer H. Adan (Brussel), Belgisch gedelegeerde, werd krachtig aangedrongen op wettelijke regeling van het arbeidscontract in zijn geheelen omvang. Ook de voor- en nadeelen der Duitsche verzekeringswetten werden breedvoerig besproken, o. a. door den hoogleeraar Luigi Luzatti (Padua), lid der Italiaansche Kamer.

Bij acclamatie werd besloten tot vorming eener permanente Commissie, wier doel aldus werd omschreven: 1°. om een band te vormen tusschen de personen, die belangstellen in het vraagstuk der ongelukken; 2°. om alle technische, statistische en legislatieve bijzonderheden ten aanzien van dit vraagstuk te verzamelen en openbaar te maken; 3°. om te trachten de grondslagen te vinden voor eene internationale statistiek der ongelukken; 4°. om een volgend Congres voor te bereiden.

Ook ditmaal namen wij met genoegen kennis van de *discours de rentrée*, door de ambtenaren van het O. M. bij de Belgische Hoven gehouden in de eerste zitting na de vacantie ter gelegenheid van de heropening der werkzaamheden. Men vindt deze redevoeringen afgedrukt in de *Belgique Judiciaire*, 1889, nrs. 79 en volg. De Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie, Mesdach de ter Kiele, herdacht de verdiensten van zijn beroemden voorganger Mathieu Leclercq (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 343). — De Eerste Advocaat-Generaal bij het Brusselsche Hof Laurent leverde, in aansluiting aan eene in 1888 door zijn ambtgenoot Lameere uitgesproken rede (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 203), een vertoog over de conclusiën van het O. M. in burgerlijke zaken. Met warmte verdedigde hij het behoud dezer instelling tegen de aanvallen, in en buiten de Belgische Kamer daartegen gericht, evenwel niet zonder eenige verbeteringen aan te geven, die in de regeling ervan zouden kunnen worden gebracht. — De Gentsche Procureur-Generaal Lameere sprak over de tucht in de geesten en in de zeden. Hij bepleitte de stelling, dat de vorming van den wil in het huisgezin en in de school, de richting van het onderwijs, de invloed eener hooge

beschaving, de gewoonte van arbeidzaamheid, krachtig kunnen inwerken op de algemeene tucht, de geesten kunnen gewennen aan het volgen van den regel en er toe kunnen bijdragen om de maatschappelijke rust te verzekeren. Daarbij vond hij gelegenheid eenige opmerkingen in te vlechten over de vormende kracht van het Romeinsche Recht, een actueel onderwerp, nu in België de herziening der wetgeving op het Hooger Onderwijs aan de orde is. — De Procureur-Generaal te Luik, Detroz, wijdde eenige belangrijke beschouwingen aan de rechten van klauwengang en stoppelweide (*droits de parcours et de vaine pâture*). Hij schetste de historische wording dezer rechten alsmede de regeling daarvan in den *Code rural* van 1886, en wierp een blik in de toekomst, waarin naar alle waarschijnlijkheid deze rechten, overblijfselen van oude toestanden, zullen verdwijnen. Dat ze thans voor België nog van practische beteekenis zijn, bewijst de statistiek, die Detroz mededeelt: in 1875 kwamen ze nog voor in ruim een vierde gedeelte van alle Belgische gemeenten, waaronder 461 alleen in het rechtsgebied van het Hof van Appel te Luik, vooral in de provinciën Namen en Luxemburg.

In onze vorige aflevering (*Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 624) maakten wij gewag van eene aanstaande hervorming der rechtsgeleerde studie aan de Fransche Universiteiten. Thans ligt voor ons de tekst van het Decreet van 24 Juli 1889 „bepalende de vakken van onderwijs in de juridische faculteiten". Volgens art. 1 wordt dat onderwijs aldus over drie jaren verdeeld:

Eerste jaar: Romeinsch recht; Burgerlijk recht; Staathuishoudkunde; Algemeene geschiedenis van het Fransche recht (1e semester); Beginselen van staatsrecht en inrichting der openbare machten (2e semester).

Tweede jaar: Burgerlijk recht; Strafrecht; Administratief recht; Romeinsch recht (1e semester); Volkenrecht (2e semester).

Derde jaar: Burgerlijk recht; Handelsrecht; Burgerlijke rechtsvordering (1e semester). Verder, ter keuze der studenten, drie van de volgende halfjarige cursussen: Burgerlijk procesrecht, executiemiddelen (2e semester); Internationaal privaatrecht; Zeerecht; Vergelijking der handelswetgevingen; Administratief recht; Volkenrecht; Wetgeving op de nijverheid; Koloniale wetgeving; Financiëele wetgeving.

Op het diploma van den *licencié* wordt aangeteekend, welke van de zooeven genoemde facultatieve vakken hij bij zijn examen

van het derde jaar heeft gekozen. — Het tweede semester begint op 15 Maart van ieder jaar. — Terwijl het Decreet zelf bepaalt, hoe de verschillende vakken van het eerste jaar over de twee gedeelten van het eerste-jaarsexamen worden verdeeld, zal een later reglement de examens van het tweede en derde jaar nader regelen.

In de zitting van den Duitschen Rijksdag van 12 November 1889 verklaarde de Staatssecretaris van het Rijksministerie van Justitie, dat de verbonden regeeringen met verder handelen in zake het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk niet zouden wachten, totdat de romanisten en germanisten het over dit ontwerp eens zouden zijn geworden. Of eene nieuwe commissie voor de verdere behandeling van het Ontwerp zou worden benoemd was nog niet beslist, in geen geval zou de vroegere commissie daartoe geroepen worden, daar inmiddels eenigen harer leden gestorven waren, anderen betrekkingen hadden aanvaard, die het hun onmogelijk maakten aan verdere beraadslagingen deel te nemen. Middelerwijl werd aan het Rijksministerie aan het Ontwerp voortdurend gearbeid. De beoordeelingen van het Ontwerp zijn door de leden der ontbonden commissie, met behulp van nieuwe krachten, verzameld en geschift en zullen weldra in drie deelen vereenigd aan den Bondsraad worden overgelegd. Een overzicht van die bepalingen, welke het meest aan critiek hebben blootgestaan, is opgesteld, en in de Ministeriën der verschillende Staten is het Ontwerp in overweging genomen.

Deze mededeelingen laten geen twijfel over aan het voornemen der Rijksregeering om de codificatie van het burgerlijk recht op den grondslag van het veelbesproken Ontwerp der commissie door te zetten.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 50, nº. 4. — Haas, gemengd huwelijk. — v. d. Biesen, beschouwingen omtrent het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek. — Sutro, opmerkingen over romeinsch recht.

Revue de droit international, t. 21, nº. 3/4. — Pradier-Fodéré, le congrès de droit international Sud-américain et les traités de Montevideo. — Torres-Campos, le congrès juridique de Lisbonne. — Nys, Th. Campanella, sa vie et ses théories politiques. — Rolin-Jaequemyns, le droit international dans ses rapports avec les événements contemporains (suite). — XXX, le conflit anglo-allemand au sujet de l'île de Lamu. — Lehr, privilèges et immunités des agents diplomatiques. — Le vingtième anniversaire de la société de législation comparée.

Journal du droit international privé, 16e année, nos. 7—10. Durand, notes pratiques sur les conditions de séjour et de résidence des étrangers en France. — Surville, de la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé. — Gabba, de la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et des états étrangers (suite). — Rolt, de la propriété intellectuelle internationale d'après la législation anglaise (fin). — Estoppey, la naturalisation et la renonciation à la nationalité d'après la législation suisse.

Law Quarterly Review, vol. 6, nº. 21. — Dicey, private international law as a branch of the law of England. — Maitland, remainders after conditional fees. — Craies, the right of aliens to enter british territory. — Mc. Ilwraith, the french schools of Law. — Evans, the trustee act, 1888. — Shadwell, children of naturalized british subjects. — Challis, are leaseholds tenements? — Anson, Derry v. Peek in the house of Lords. — Salmond, the superiority of written evidence. — Lyall, a modern Hindu code.

Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 29, H. 1. — Unger, die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe. — Wendt, Rechtssatz und Dogma. Glossen zum Entwurf des bürgerl. Gesetzb.

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 76, H. 1. — Degenkolb, der spezifische Inhalt des Schadensersatzes. Zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes. — Feyerabend, die Vormundschaft des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 17, H. 1. — Ott, zwei Streitfragen aus dem Bereiche des Liquidationsverfahrens im Concurse. — Mitteis, zwei Beiträge zur Quellenexegese. — Friedmann, zur Theorie des Anklageprocesses. — v. Czörnig, zur Lehre von der persönlichen Haftung des Käufers einer belasteten Liegenschaft für die Hypothekarschulden. — Jacoby, legislative Erörterungen zum allg. Theile des Entwurfes eines bürg. Gesetzbuches f. d. Dt. Reich auf volkswirthschaftlicher Grundlage.

Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 36, H. 3/4. — Neubauer, Regelung des internationalen Privatrechtes durch Verträge zwischen den einzelnen Staaten. — Makower, die Versicherungsaktie nach dem Aktiengesetz von 1884.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 10, H. 2. — Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. — Frauenstädt, Breslaus Strafrechtspflege im 14. bis 16. Jahrhundert (Schluss). — Bierling, Strafrechtsverhältnis und Strafprocessverhältnis.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, Rom. Abth., Bd. 10, H. 3. — Seeck, die Zeitfolge der Gesetze Constantins (II). — Zachariä von Lingenthal, aus und zu den Quellen des röm. Rechts. — Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. — Ruhstrat, über die römischen Handlungsbevollmächtigten. — Th. Mommsen, die Benennungen der Constitutionensammlungen. — Goldschmidt, Inhaber-, Order-, und executorische Urkunden im classischen Alterthum. — Litteratur.

Annales de droit commercial, 3e année, no. 5. — Frey, quelques mots sur la représentation de commerce. — Thal-

ler, de l'avenir des tribunaux de commerce. — Chronique de législation etc. (Thaller, France).

Archivio Giuridico, vol. 43, fasc. 4—6. — Sraffa, la liquidazione delle società commerciali. — Gandolfo, Catone e le regole di diritto. — Tamassia, un capitolo della storia longobarda di Paolo Diacono. — Puviani, questioni preliminari ad uno studio dell'imposta sui fabbricati. — Majorana, l'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione. — Lordi, l'articolo 492 del cod. civ., studiato dal punto di vista di sapere se sia o no applicabile all'usufrutto stabilito dalla legge.

Il diritto commerciale, Vol. 7, fasc. 6. — Vidari, ritardo od avaria? — Vivante, l'assicurazione del nolo. — Rignano, sulla applicabilità in materia cambiaria della massima „nemo potest auctor esse in rem suam".

The New Jersey Law Journal, Vol. 12. — No. 11. Editorial notes. — E. Q. K., action for false representations. — No. 12. Editorial notes. — E. Q. K., assembly districts.

DE VERPLICHTING TOT SCHADEVERGOEDING KRACHTENS ART. 1404 BURG. WETB.,

DOOR

Mr. C. O. SEGERS,

te Leiden.

Sinds eenige jaren hangt ons Burgerlijk Wetboek het Damocleszwaard eener herziening boven het hoofd. Doch hoe vreemd het klinke, dit maakt het bestaande recht onzer aandacht dubbel waardig. Volgens de ontwerpers zal de herziening geen omverwerping doch een voortbouwing op het bestaande zijn. En door na te gaan, wat geweest is en te licht bevonden, kan men zich in 't vervolg voor schade hoeden. Eene zwakke poging nu om de wordingsgeschiedenis van art. 1404 na te gaan; is door schrijver dezes gewaagd.

Dat, wanneer er schade is geleden, de benadeelde zooveel mogelijk vergoeding moet erlangen, leert de meest natuurlijke billijkheid. Maar de vraag is, wie de schade moet vergoeden. En waar nu blijkt dat het geleden verlies op geen goede gronden ten laste van een' derde kan worden gebracht, daar zal de benadeelde ten slotte de schade moeten dragen.

Zoo is het ook bij schade door dieren toegebracht. „*De* „*eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelve be-* „*dient, is zoolang hetzelve tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade, welke het dier heeft veroorzaakt,* „*hetzij hetzelve onder zijn toezigt en bewaring, dan wel verdwaald of ontsnapt zij*" (art. 1404 B. W.).

Is de eigenaar nu onder alle omstandigheden aansprakelijk of is dit niet het geval, zoo hij bewijst het zijne gedaan te hebben om de schade te voorkomen? Kan hij zich van de aanspraak bevrijden door te bewijzen, dat de benadeelde

de ramp aan eigen schuld te wijten heeft? Is het hem geoorloofd het dier prijs te geven en alzoo zich van alle aansprakelijkheid te ontslaan? Op alle deze vragen heeft men dan slechts een antwoord gereed, als de grond der verplichting tot schadevergoeding gevonden is.

Er bestaan nu in hoofdzaak drie theorieën, die alle min of meer in de een of andere wetgeving gehuldigd zijn en die allen in 't algemeen op de wordingsgeschiedenis onzer wet van invloed zijn geweest. Men kan n.l. den eigenaar, qua talis, omdat hij eigenaar is, tot schadevergoeding verplichten; een leer, die, in de zeventiende en achttiende eeuw menigmaal verdedigd, ook thans nog vele aanhangers telt. Ook is het mogelijk om slechts hem aansprakelijk te achten aan wiens schuld het ongeval te wijten is, hetzij dat men met het Duitsche ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek den benadeelde die schuld late bewijzen, hetzij dat men deze praesumptione legis aanwezig acht, terwijl het den gedaagde vergund wordt om dit wettelijk vermoeden door tegenbewijs te ontzenuwen. De laatste leer is naar mijn bescheiden meening de rechtvaardigste en tevens de meest practische. In de volgende bladzijden hoop ik aan te toonen, dat zij tevens de leer is onzer wet.

Een derde theorie, die van het Romeinsche en Mozaïsche recht, brengt anthropomorfisch het begrip van schuld op het dier-zelf over en acht dit aansprakelijk.

Bij den overwegenden invloed, dien het Romeinsche recht op onze vroegere rechtsgeschiedenis gehad heeft, kan dit moeilijk onbesproken worden gelaten. En hoewel het onderwerp belangrijk genoeg is, is er in de bronnen niet veel over te vinden. De Instituten, tit. 9, boek IV, staan geheel onder den invloed van Ulpianus, wiens leer, met uitzondering van een enkele zinsnede, ook die van het Romeinsche recht is. Ten tijde der classieke juristen althans was zij, blijkens uitingen van Paulus L. 2 D. 9, 1 en Alfenus L. 5 D. cit.; L. 52 D. 9, 2 de heerschende.

Het Romeinsche recht nu kent drie mogelijkheden: òf dat

de schade niet vergoed wordt; òf dat hij, aan wien de ramp te wijten is, aansprakelijk is; òf dat de eigenaar van het dier de schade moet dragen.

Het eerste geval komt zeldzaam voor en men zal zien, dat het bij de Romeinsche opvatting bezwaarlijk anders kon. Een voorbeeld vindt men echter bij Alfenus L. 52 D. 9, 2. Een door muildieren getrokken wagen was achteruitgegleden, waardoor een slaaf onder de wielen was geraakt en gedood. De eigenaar van den ongelukkige wendde zich tot den jurist om raad. „Quodsi neque mulae", zoo antwoordde deze, „neque homines in causa essent, sed mulae onus re„tinere nequissent, aut cum coniterentur lapsae concidissent „neque cum domino mularum neque cum hominibus esse „actionem." De eigenaar kon dus ongetroost huiswaarts keeren. Hieruit blijkt ten duidelijkste, dat de Romeinen den eigenaar niet qua talis voor de schade, door zijne dieren toegebracht, aansprakelijk achtten, want ware dit het geval, zoo zou Alfenus zijn client niet hebben moeten wegzenden. Toch meende Puffendorf, de officio hominis et civis, 1, 6 § 12, dit nog in het corpus juris te lezen.

Doch meestal wordt de geleden schade vergoed. Door wien en uit welk beginsel? Men kan aannemen, dat de lex Aquilia en hare latere uitgebreidere toepassing ook hier haren invloed doen gelden. Wanneer aan iemands onervarenheid (et in lege Aquilia etiam culpa levissima venit) de ramp te wijten is, moet de onervarene de schade vergoeden. Zoo een Zondagsruiter een ander omverrijdt, moet hij voor de gevolgen instaan. De muildierdrijver, die zijne dieren onvoorzichtig of te zwaar belaadt; de lieden, die een wagen helpen voortduwen, doch zich eensklaps terugtrekken: „hi omnes lege Aquilia tenentur".

Evenzoo is hij aansprakelijk die met een woesten hond uit wandelen gaat, doch niet sterk genoeg is om het dier vast te houden; zoo ten minste een krachtig man den hond in bedwang had kunnen houden. Hetzelfde geldt jegens hen, die hun vee op eens anders akker doen of laten weiden. C. Just., L. 6, III, 35: De his, quae per injuriam depasta contendis

ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis. Ik schreef: de latere toepassing der lex Aquilia, immers toen deze, nog niet onder praetorischen invloed, slechts damnum corpori corpore datum vergoeden deed, was zij nog niet toepasselijk. Maar van de tijden der XII tafelen af voorzag daarin reeds de actio de pastu, een actio welker bestaan heden ten dage ernstig betwist wordt, doch die door de Romeinsche juristen te veel (bv. Ulpianus, Libro XII ad Sabinum D. 9, 5) wordt geciteerd om haar voor een bloot verzinsel te houden. Ja, zoo men des nachts eens anders land deed afweiden, beging men zelfs een crimen capitale, cf. Plinius, *Historia naturalis*, 18, 3, 12. Bij schade, overdag toegebracht, schijnt het strafrechtelijk moment minder te hebben gegolden, zoodat, toen later de lex Aquilia niet slechts enkele soorten van onrechtmatige daden, maar alle positieve handelingen wraakte, de actio de pastu als overbodig in onbruik is geraakt.

Nu wordt voor toepassing der lex Aquilia altijd culpa bij den bedrijver van het feit vereischt, een culpa spoedig verondersteld, doch die toch altijd aanwezig moet zijn.

Doch het Romeinsche recht geeft nog een actie, wanneer van toepassing der lex Aquilia geen sprake meer kan zijn. Als *buiten* iemands schuld een dier schade aanricht, bv. het vee in de weide, heeft men een actio de pauperie tegen den eigenaar van het dier. „Et generaliter haec actio locum „habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit". Volgens Ulpianus, L. 1 D. 9, 1 moet deze actie reeds ten tijde der XII Tafelen hebben gegolden. Zoo reconstrueert dan ook Voigt, in zijn werk over de XII tafelen: „Si familiaris injussu patrisfamilias furtum faxit noxiamve noxit „quadrupedesve pecus pauperiem faxit, aut noxae dedito aut „litis aestimationem sufferto". Nu is dit natuurlijk slechts een hypothese, doch als de woorden aldus geluid hebben, dan was daarin duidelijk het karakter der actio de pauperie, zooals dit uit andere plaatsen blijkt, uitgedrukt. Uit meerdere plaatsen blijkt voorts ten duidelijkste, dat de actio de pau-

perie een actio noxalis is geweest; men vergelijke b.v. § 14 L. cit., waar Ulpianus uitdrukkelijk schrijft: „adversus sin„gulos erit in solidum actio noxalis"; cf. eveneens Inst. loc. cit. pr. in fine. En daarom is dan ook bijkans alles wat bij een gewone actio noxalis geldt, hier van toepassing. Evenmin als de eigenaar van een slaaf voor alle daden van zijn ondergeschikte aansprakelijk is, doch slechts voor die welke onrechtmatig zijn moet instaan, evenzoo is de eigenaar van een dier alleen dan tot schade gehouden „quotiens contra „naturam animal pauperiem fecit". Dat een redeloos dier onrechtmatig zou handelen, is voor onze begrippen eenigszins stuitend en den Romeinen is dit ook niet ontgaan. „Pauperies „autem est damnum sine injuria facientis datum, nec enim „potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret". Inst. h. t.; L. 1 § 3 D. h. t. Dit is dan ook de reden waarom men niet van damnum injuria datum doch slechts van pauperies spreekt, al is een dergelijke opvatting niet geheel te verwerpen. De natuurmensch acht den afstand tusschen hem en het dier zeer gering en heden ten dage kan men toch niet ontkennen, dat tot op een zekere hoogte een dier wel degelijk begrip van goed en kwaad heeft.

Dat althans de Romeinen den maatstaf der Aquilische culpa op een dier toepasten, blijkt overigens uit verscheidene plaatsen. Uit velen wijs ik op § 4 L. citata: „Itaque ut Servius „scribit tunc haec actio locum habet, quum commota feritate „nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percus„serit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter „nimiam ferociam." Men schijnt het dus een muildier ten kwade te duiden als het schrikt. Wanneer van twee vechtende dieren een gedood wordt, moet de eigenaar van het dier, dat begon, de schade vergoeden: immers „vim vi repellere omnes leges permittunt". Ja zoo nauwkeurig onderzocht men naar schuld, dat men het wilden dieren niet kwalijk neemt, als zij nadeel toebrengen: „In bestiis propter „naturalem feritatem haec actio locum non habet." Voorts is de eigenaar, die een hond aan den ketting heeft liggen,

niet aansprakelijk, als deze een vreemde, die in huis komt, bijt; de eigenaar van een losloopenden hond daarentegen is dit wel. En hier is geen toepassing van de lex Aquilia, daar de woorden canis nomine agere in L. 2 D. cit., evenals servi nomine agere etc., op een actio noxalis doelen.

Men drukt die schuld uit door de woorden „contra natu-„ram agere", waar de Glosse zeer ten onrechte „sui generis" aan toevoegde. Immers als een paard achteruit slaat, brengt het schade te weeg op de wijze als dit volgens paardenaard geschieden moet; het bijt bv. niet, en toch is de handeling onrechtmatig, daar ik, zoo ik een paard streel, niet verwachten kan, dat het dier mij zal trappen. Liefst zou ik „contra naturam" dan ook vertalen met „wat volgens den „gewonen loop van zaken niet te verwachten is". Theophilus in zijn paraphrase op den hier besproken Institutentitel zegt, dat die woorden reeds in de XII tafelen gevonden worden. Het is geenszins onmogelijk, dat hij gelijk heeft, doch men mag niet vergeten, dat deze jurist op geschiedkundig gebied een alles behalve betrouwbare gids is. Doch dit is althans zeker, dat men in den tijd van de classieke rechtsgeleerden eischte dat het damnum „contra naturam" zou zijn. Met Pothier's Pandectae Justinianeae, Deel I, p. 277, geloof ik, dat de invloed der stoïcijnsche wijsbegeerte niet over het hoofd gezien mag worden. En nu is volgens de Stoa „juste agere" niets anders dan „naturae convenienter „agere", zoodat hetgeen strijdig met den gewonen loop van zaken is „contra naturam" en dus „injuste" moet genoemd worden.

In oude tijden werd nu de actio de pauperie alleen gegeven bij schade door quadrupedes aangericht, doch later heeft de lex Pesulania haar ook tot honden uitgebreid. Bij vogels en bipedes gaf men geen actie, totdat de praetor met eene actio utilis te hulpe kwam.

Zooals boven reeds opgemerkt werd, was de actio de pauperie een actio noxalis. Evenals de meester van een slaaf of de paterfamilias moet dulden, dat men hem zijn slaaf of zoon

ontnam om zich op den laatste te kunnen wreken, is het ook hier met den eigenaar van een dier. En ook hier geldt de aloude regel „noxa caput sequitur". Niet hij, die op 't oogenblik der ramp eigenaar is, maar hij, die dit is op het oogenblik van het instellen der rechtsvordering, moet de schade vergoeden. En men begrijpt, dat deze tijdstippen geenszins behoeven saam te vallen. Doch evenals de andere actiones noxales is ook het wezen der actio de pauperie langzamerhand gewijzigd. Oorspronkelijk moest men den slaaf of het dier afstaan, opdat de beleedigde zich zou kunnen wreken, doch men kon dien afstand voorkomen door de schade te vergoeden. In het latere recht is dit juist omgekeerd: men begint met schadevergoeding te eischen, doch zoo de gedaagde de schadevergoeding te bezwaarlijk vindt, voorkomt hij deze door het dier aan den benadeelde af te staan, cf. § 1 Inst. IV, 8.

Reeds ten tijde van Ulpianus was dit gebruikelijk, want, waar deze niet, zooals bv. in L. 1 pr. D. h. t., de XII Tafelen onmiddellijk voor oogen heeft, daar schrijft hij: „De„cem aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tene„tur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit."

De verhouding tusschen actiones noxales en actio legis Aquiliae is theoretisch niet moeilijk te bepalen. Omdat men eigenaar van den delinquent is, wiens bestraffing men moet dulden, is men met de actio noxalis aansprakelijk, terwijl daarentegen slechts hij met de rechtsvordering uit onrechtmatige daad kan aangesproken worden, wiens schuld aan die onrechtmatige daad bewezen is.

In de practijk geeft dit onderscheid echter aanleiding tot een casuïstiek, waarin men het schitterend talent der Romeinsche rechtsgeleerden om in de feiten het rechtspunt te vinden, naar waarde kan leeren schatten. Tal van voorbeelden bieden hiervan het bewijs, b.v. de reeds meermalen geciteerde L. 1 D. 9, 1 en L. 52 D. 9, 2.

Is er eenerzijds zonder schuld geen delictsactie, anderzijds is men spoedig bereid tot het bestaan van schuld te concludeeren. Niet te verwonderen is het dan ook, dat de Romeinen

in het houden van wilde dieren reeds een culpa levissima zagen. Dit begrepen de aediles, die in hun edict hem, die op aan den openbaren weg gelegen panden wilde dieren hield, het dubbele der door die dieren aangerichte schade lieten betalen. Wanneer een vrij man was gedood, moest de judex de geleden schade naar billijkheid beoordeelen; L. 40, 41, 42 D. 21, 1.

De Instituten hebben het reeds opgemerkt, hoe deze actie zeer goed met de actie de pauperie kan concurreeren; wanneer bv. een getemde leeuw iemand bijt, handelt dit dier ongetwijfeld tegen den gewonen loop der dingen en dus „contra naturam", doch tevens begaat hij, die getemde leeuwen ongemuilkorfd rondleidt, ongetwijfeld een onvoorzichtigheid, waarvoor hij aansprakelijk is.

In den jongsten tijd heeft Eisele in *Jherings Jahrbücher*, Band 24, een nieuwe theorie omtrent de verhouding der actio legis Aquiliae en actio de pauperie ontwikkeld, die aanvankelijk niet zeer gunstig ontvangen is. Zoo nl. een mensch en dier te zamen (bv. een ruiter te paard) schade aanrichten, zou steeds de lex Aquilia van toepassing zijn, ook zonder dat dien persoon schuld kan worden aangerekend. Al dadelijk voelt de schrijver zich echter genoodzaakt allerlei uitzonderingen op de door hem ontwikkelde leer aan te nemen.

De hoofdbewijsplaatsen zijn intusschen reeds slecht gekozen. Men neme bv. L. 1 § 5 D. h.t. 9, 1: „Sed etsi canis cum „duceretur ab aliquo asperitate sua evaserit et alicui damnum „dederit, si contineri ab alio firmius poterit, vel si per eum „locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur „qui canem tenebat."

Men kan toch bezwaarlijk met dezen schrijver aannemen, dat hij die een hond niet kan vasthouden, sine culpa zou zijn. Ook onervarenheid is een soort van culpa, terwijl men met kwaadaardige honden niet moet uitgaan, tenzij men ijzersterk is. Is men dit, zoo is men ook volgens de aangehaalde wet niet aansprakelijk.

Ik aarzel derhalve om Eisele te volgen en af te wijken

van de in de vorige bladzijden verdedigde leer, die in hoofdzaak overeenstemt met de thans geldende communis opinio der Romanisten en die door onzen landgenoot Noodt (aanteekeningen op tit. D. 9, 1) in de vorige eeuw reeds ontwikkeld is. Vooral dewijl de Romeinsche leer geenszins een unicum is. Zoo doodt men in den Indischen archipel op vele plaatsen slechts dàn een krokodil, als het dier iemand verslonden heeft, dan pas mag men den voorvader of boozen geest, die in het dier huist, dooden. Zoo komt het bij het vangen van een tijger voor, dat de bloedverwanten der slachtoffers van het verscheurende dier, zich op den gedooden vijand wreken. Ook bij de Israeliëten vinden wij dit. Immers in Genesis IX, § 5 lezen wij: „Sanguinem enim animarum vestrarum „requiram de manu cunctarum bestiarum et de manu ho„minis".

In het strafstelsel van Mozes kon van geen onschadelijk maken sprake zijn; hier heeft men wel degelijk met herstel van geschonden recht te doen. Tot in kleine bizonderheden is er zelfs gelijkenis tusschen Romeinsch en Mozaïsch recht. De os b.v., die iemand doodt, wordt gesteenigd, doch zijn eigenaar verbeurt zijn leven slechts, indien hij te voren geweten heeft, dat het dier stootig was. Exodus XXII §§ 28, 29, 35, 36: „Wanneer iemand een veld of wijngaard laat „afweiden, en hij zijn beest daarin drijft, dat het in een an„ders veld weidt; deze zal van 't beste zijns velds en van „'t beste zijns wijngaards wedergeven." Evenals bij de actio de pastu is slechts de eigenaar, die doet of laat weiden, aansprakelijk, niet het dier zelf, dat immers „secundum naturam" handelt. Ook de mythische wetgeving van Draco schijnt bepaald te hebben, dat dieren als straf zouden worden gedood, terwijl Plato, de legibus IX, een actio noxalis ontwikkelt, die van de Romeinsche niet veel verschilt.

Dit Romeinsche systeem is echter in de hedendaagsche wetgevingen ten eenenmale verlaten, waarschijnlijk door den invloed van het Germaansche recht en de opvattingen der glossatoren en Romanisten in vroeger eeuwen. Het ongeluk-

kige decreet, dat Holland uit de rij der volken schrapte, dwingt ons ook hier weder de Fransche rechtsgeschiedenis na te gaan.

Een onontwikkeld recht, (b.v. de Draconische wetten), straft slechts het door de wet niet gewilde gevolg, zonder zich er om te bekommeren of er bij den dader schuld bestond. Op dit standpunt staat nog de lex Thuringorum c. 52: „Si quis quadrupes damnum quodlibet fecerit possessor pro „qualitate damni vel compositionem solvat vel sacramentum „juret". Evenzoo moet de meester alle schade, die zijn slaaf aanricht, betalen. Of er overigens dolus of slechts culpa is maakt blijkens c. 60, voor de toepassing der straf geen verschil. Ongeveer hetzelfde gold in 't oude Friesche recht: de lex Frisionum zelve zwijgt; doch Saxmundus, *Aditio sapientium* III, 8, leert, dat in Oost-Friesland de geheele compositio moest betaald worden, welke boete in het andere deel van Friesland echter tot $^{3}/_{4}$ was verminderd, c. 69. Reeds de lex Saxonica scheldt (57 en 59) de boete kwijt, al moet alle schade vergoed worden. De Allamannische wetgeving echter eischt nog de volle boete, c. 103, tenzij een hond de schade heeft toegebracht, want dan kon men slechts de helft eischen, indien men ten minste niet wilde dulden, dat het lijk boven de huisdeur opgehangen werd. Een bijzondere begunstiging der honden, die men bij de lex Bajuvorum XX, 9, lex Romana Burgundionum tit. XIII, Visigothorum VIII tit. 4, 19 [1]), terugvindt, en die waarschijnlijk te verklaren is uit de dringende behoefte, die bij de Germanen bestond om zich van deze dieren te bedienen.

Al kan men zich nu ter verdediging dezer wetten beroepen op het feit, dat hij die alle voordeel van een dier heeft, ook alle nadeel moet lijden, is er toch ontegenzeggelijk iets hards in, dat men zonder schuld zwaar beboet wordt. Op twee wijzen komt men hieraan te gemoet. Soms volgt men de methode der lex Frisionum en wordt de boete of schade-

---

[1]) Het Edictum Rotharis 331 maakt hierop een uitzondering.

vergoeding verminderd, bv. in de lex Salica (codex I Kern) c. 36: „Si quis homo ex quolibet quadrupedem domesticum „fuerit occisus et hoc per testibus fuerit adprobatus medie- „tatem compositionis dominus ipsius quadrupedis cogatur ex- „solvere". De lex Ripuaria, die, zooals bekend is, in dit gedeelte zeer onder Salischen invloed staat, heeft in c. 46 een dergelijke bepaling.

Van willekeur is een dergelijke regeling echter niet vrij te pleiten en veel meer ligt het Romeinsche hulpmiddel (want dit was de noxae datio bij Justinianus geworden) voor de hand. Natuurlijk is zulk een regeling toegepast in het edictum Theodorici 117, en de lex Romana Burgundionum XIII. Doch werkelijk Germaansche wetten, als de lex Bajuvorum XX, 9, voor honden, Barbara Burgundionum XVIII, Visigothorum VIII, 4, 12 en in zekere mate de lex Salica, 36, leeren niet anders: „utrum quadrupedem noxium tradat, an „ei qui damnum pertulit et aliquid percepit adversi, juxta „judicis aestimationem componat." Merkwaardig mag het genoemd worden, dat het voortreffelijk ontwikkelde Longobardische recht (Rotharis 325, 331) daarentegen nog geheel op oud-Germaanschen bodem is blijven staan.

Doch de echt Germaansche opvatting komt vooral uit bij de schade aan het veldgewas toegebracht. Bijkans alle wetten (lex Burgundionum XXIII, 23 anders) verbieden, de dieren met geweld weg te drijven of te dooden, cf. lex Salica, c. IX, codex 6 en 7: „si quis animal invenerit paenitus eum vastare non debet"; daarentegen is men wel gerechtigd om het dier mede naar huis te nemen en als een soort van onderpand te bewaren. Het meê naar huis genomen dier mag men daar niet rustig laten, doch men behoort den rechter van de zaak in kennis te stellen en door hem de schade te doen bepalen, cf. lex Alamannorum Liber II, 76, § 2; Bajuvorum XIII 17; Burgundionum 86, 6; Rotharis 343. „Si quis caballum „alienum aut quodlibet peculium damnum facientem invenerit „ipsumque in curte inclauserit, et non venerit certus do- „minus qui eum cognoscat; tunc ille qui eum in damnum

„invenit; ducat eum ad judicem, qui in loco ordinatus est, „aut certe ante ecclesia in convento usque quarta et quinta „vicem, et omnibus vocem praeconia innotescat, quia caballum invenit. Et si non venerit qui eum cognoscat jubemus „ut ille qui eum invenit caballicet et custodiat eum tam„quam suum proprium". Hij die schade geleden heeft, heeft dus een *recht* om het dier, dat hij op zijn land vindt, mede te nemen. Zoo men hem dit belet of eigenmachtig het dier terughaalt, maakt men zich aan een vrij zwaar vergrijp schuldig, waartegen in ettelijke volksrechten wordt gewaakt (cf. Lex Salica IX, 5; Burgundionum XXIII, 1; Sigismund 89, 5; etc.).

De vraag mag nu gedaan worden, wat het leidend beginsel der Germaansche volksrechten is geweest. Zeker niet de anthropomorfische opvatting der Romeinen, daar in dit systeem nimmer boete van den eigenaar kan worden gevorderd. Wel is waar heeft men soms de bevoegdheid om het dier, dat men op zijn land vindt, te dooden (lex Burgundionum 89, 2), doch opmerkelijk is het, dat deze bevoegdheid slechts bij kleinere dieren, als capra, porci, enz. wordt gegeven, terwijl het dooden van hoornvee streng wordt verboden, lex Salica c. IX; codex 6, 7. Een varken, dat mijn land omwoelt, kan daarenboven ook niet geacht worden contra naturam te handelen. Maar het beste bewijs, dat de Romeinsche leer niet gehuldigd is, blijkt wel uit de lex Ripuaria c. 46, 2 en Alamannorum 96, 2, waarbij, wanneer twee dieren vechten, de eigenaar van het gedoode dier gerechtigd is om, tegen overgifte van het doode beest, van den eigenaar van het andere de waarde van zijn dier, „quantum prius valuerit", terug te vorderen. De Romeinen daarentegen achtten (cf. L. 1 § 8 D. 9, 1) in zulk een geval den eigenaar van het dier, dat den strijd aanving, aansprakelijk. De keuze is dus tusschen het systeem der werkelijk aanwezige of gepresumeerde culpa en de theorie die den eigenaar, omdat hij alle voordeelen van zijn eigendom heeft, ook tot alle schade dwingt. De laatste leer moet volgens Wilda (*Strafrecht der Germanen*) zijn

aangenomen [1]), doch in de meer ontwikkelde wetten vind men sporen van de andere leer. Prof. Fockema Andreae, *Rechtsgeleerde Bijdragen* 1874, wees reeds op de lex Bajuvorum II, 5, § 1, waar men nog het Edictum Rotharis aan zou kunnen toevoegen. Als iemand een hond ophitst, moet die persoon en niet de eigenaar de schade vergoeden, c. 322. Hier heeft men werkelijke schuld, doch ook de gepraesumeerde vindt men in c. 327: „Si quis praestitum aut conductum „caballum.... habuerit et dum in ipso beneficio aut conduc„tura est, damnum fecerit, non requiratur proprio domino „sed ille qui praestitum apud se habuit damnum componat.“ Toepassing van de regula juris „ubi est emolumentum ibi „sit periculum“ kan ik hierin niet lezen, daar de eigenaar, die huur ontfangt, zeer zeker baten van zijn dier trekt. Bezwaarlijk echter kan hij, die 't dier niet onder zijn opzicht heeft, op zijn eigendom toezien. De wassende invloed van den clerus is echter ook in dit onderwerp duidelijk. Ziet men hiervan reeds sporen in het Westgothische recht, VIII 4, 12, de capitularia der Frankische koningen zijn sterk onder Mozaïschen invloed. Als een os een mensch doodt, zal hij gesteenigd worden, terwijl de meester dit zelfde lot ondergaat, als hij de booze eigenschappen van het dier gekend heeft. Lib. VI c. 15—17: „Bos lapidibus obruatur et dominum illius occi„dant“. Doch evenals bij de Israëlieten kan men zich van den dood vrijkoopen: „dabit pro anima sua quicquid fuerit „postulatus“. Wanneer de eene os den anderen doodt, zal men den nog levenden verkoopen en den prijs deelen, tenminste als de eigenaar niet geweten heeft, dat het dier stootig was; in dit geval moet deze, tegen overgave van het gedoode dier, de volle schade vergoeden. Er moet derhalve steeds naar de schuld van den eigenaar onderzoek gedaan worden.

In den tijd van den Sachsen- en Schwabenspiegel ging men

[1]) Von Richthofen, de uitgever der lex Frisionum, verwijst naar dezen schrijver, doch het is mij niet gelukt de plaats te vinden.

in Duitschland echter weer meer naar de andere theorie overhellen: cf. Boek II, 40 § 1.

De eigenaar is hier weder als eigenaar aansprakelijk, doch men kan door het dier te verstooten, derhalve door op te houden eigenaar te zijn, van alle aansprakelijkheid afkomen. Toch wordt nog geenszins alle idee aan schuld uitgesloten; de Schwabenspiegel, 366, behelst toch de volgende zinsnede: „Wer behalten einen anfälligen Hund .... das sol der gelten „der sie seind. Will er sich entziehen des sie dan seind, „damit wird er *nit* unschuldig. Wann es ist wider Recht „wer gewild bei den Leuten zäm machen wiel des nymmer „zäm werden kann."

Dat beide spiegels tot de Romeinsche leer teruggekeerd zouden zijn, wat door Zöpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, § 227 wordt aangenomen, (daar men door het dier te verstooten zich van verdere aansprakelijkheid kan bevrijden), is geenszins onomstootelijk bewezen, daar noxae dare iets geheel anders is dan verstooten. Dat nu de theorie der schuld met al hare consequentiën gehuldigd zou zijn, zoodat hij, die bewijst niet in culpa te zijn, van alle aansprakelijkheid bevrijd zou zijn, wordt echter evenmin voldoende door bewijzen gestaafd.

Overigens is de invloed van beide wetboeken op het oude Fransche recht niet zeer groot geweest en op dit laatste recht zal men toch bij de verklaring van ons wetboek steeds moeten letten. Van de oud-Fransche rechtsbronnen zijn zonder twijfel de Assises du royaume de Jerusalem de gewichtigste. Vooral dewijl de ontluikende invloed der glossatoren er al bemerkbaar in is. Voornamelijk is dit het geval in de Assises van de cour des bourgeois, de eenige die ik, bij ontstentenis eener behoorlijke uitgave, kon consulteeren. In verband met ons onderwerp echter merkt men van dien invloed niet veel, daar de schuldtheorie hier blijkbaar gehuldigd wordt. Wanneer bv. de kameelen van een drijver struikelen of schade aanrichten, is de man tot niets gehouden, doch wel als de koorden, waarmede de last gebonden was, slecht

vastgemaakt zijn of breken, cf. c. 89; ja hij, die met opzet een dier schade doet aanrichten, komt met de strafwet in conflict: „selui doit avoir le poing copé". De bepalingen der assises zijn echter een unicum en bij de andere feudisten vindt men de schuldtheorie nergens zoo doorgevoerd; veel meer is de invloed van 't Mozaïsche recht of van de glossa (die overigens van de ware Romeinsche opvattingen sterk afweek) te bespeuren. Op het standpunt van 't Mozaïsche recht staat Bouteiller I, tit. 38: „Item la bible veut, que s'il est „beste qui fiere homme ou femme, si que la personne voire „de vie à trespas, que la beste soit destruite, n'en soit man-„gée la chair et le sire de la beste en soit quitte." Wanneer de eigenaar, niettegenstaande hij gewaarschuwd was, niet op zijn dier heeft gepast, zal hij gedood of gebannen worden. Toch vindt zelfs Bouteiller dit wel wat hard en voegt er aan toe: „mais tant de remède de y a que sa vie „est en la volonté du seigneur, qui est Roy ou Prince sou-„verain du royaume". De Etablissements de Saint Louis sluiten zich bij Bouteiller aan met dit verschil echter, dat hij, die geen schuld aan het ongeval had, wel verre van „quitte" te zijn, soms een zware boete moest betalen, cf. deel II, Livre I, 125. Wanneer een dier schade heeft aangericht, dage men den geleider voor den rechter. Kan deze zweren, dat hij van de booze eigenschappen niets afwist „o itant rendra „son domache au blecié" doch verder is hij niet aansprakelijk. Tot zooverre gelijkenis met Bouteiller. Wanneer echter het dier iemand gedood heeft, dan verliest men het dier en moet tevens een zware boete betalen, zoo men ten minste een reinigingseed kan zweren. Dit zal, denkt de wetgever, iedereen wel doen: „car s'il estoit si fous, qu'il deist qu'il queneust „bien la teche de la beste, il en seroit penduz par la re-„quenoussance."

Wat er met het dier gebeurde, wordt verder niet gemeld, doch zou ik bijna vermoeden, dat het gedood werd. Guy Pape, die veel later leefde, deelt mede, dat nog in zijn tijd een dier gedood werd.

Uit het medegedeelde blijkt, dat de schuldtheorie in de Etablissements geenszins gehuldigd werd, doch het is toch opmerkelijk dat in de aangehaalde plaatsen steeds iemand het dier aan de hand had. Cff. Abrégé Champenois n°. 69; oude Coutume van Anjou Tourraine § 44.

De andere feudisten staan meer onder den invloed der glossatoren. Beschouwen wij daarom een oogenblik de glossa.

Van de teksten van het corpus juris waren de glossatoren goed op de hoogte en moesten wel spoedig opmerken, dat er tusschen het wezen der actio legis Aquiliae en de actio de pauperie een onderscheid bestond. Zoo leert Bartolus bv.: „actio de pauperie competit, si animal nocuit non (sine) „culpa hominis et contra naturam sui generis. Sed si culpa „hominis (est) habet locum actio legis Aquiliae. Sed si se„cundum naturalem feritatem sine culpa hominis (animal „nocuit) omnis actio cessat.“ En toch heeft men het wezen der Romeinsche leer niet gepeild. Nog een stap verder en men had het begrepen, dat de Romeinen juist het schuldige dier hadden willen straffen i doch juist deze stap is niet gedaan.

De schuld is de reeds boven aangehaalde plaats uit het vierde boek tit. 9 pr. der Instituten: „Pauperies autem est „damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal „injuriam fecisse dici, quod sensu caret.“ Zie, zoo sprak men: een dier kan geen onrecht doen. Men zag niet in, dat deze van Ulpianus afkomstige uitspraak eigenlijk in strijd is met de Romeinsche leer, dat men hier slechts heeft willen zeggen, dat onrecht van een dier toch nog iets anders is dan onrecht door een mensch gepleegd. En voor de glossatoren hebben alle uitspraken der Romeinen bijkans gelijke waarde, zoodat de zwakke tegenwerping van Accursius: „Quandoque tamen res inanimata dicitur committere „injuriam sive culpam“, moest zwichten voor de bewoordingen van de aangehaalde wet, die alle tegenspraak schenen uit te sluiten.

Men was dan ook met de andere uitspraken van het Romeinsche recht eenigszins verlegen. Wat willen de Romei-

nen, vroeg men zich af, met die beperking, dat de actio de pauperie slechts damnum contra naturam datum vergoedt? Men wist geen redelijken grond op te geven en opperde al spoedig het vermoeden, dat bij damnum secundum naturam datum, een actio utilis zou worden gegeven. En ten tijde van Cujacius werd dit algemeen aangenomen.

Toch had de glossa reeds dit in het Romeinsche recht opgemerkt, dat tegen den persoon bij wien schuld was, met de actio legis Aquiliae werd geageerd, al was men ook met de actio de pauperie nog te vrijgevig.

Letten wij nu op den invloed van het glossatorenrecht op de feudisten. In geen werk is deze zoo zichtbaar als in het ± 1290 uitgekomen *Livre de Jostice et de Plet.* Volgens den uitgever Rapetti zouden geheele titels slechts vertalingen uit de Digesta behelzen. Daar hij deze titels zonder veel omslag eenvoudig in zijn editie weglaat, is de waarheid dezer bewering bezwaarlijk te controleeren. Toch kan men het standpunt van dit rechtsboek uit titel 48 van boek XIX leeren kennen: „Se home ou beste à quatre piez fet domage pre-„mièrement l'en doit savoir la maniere comment l'en fait do-„mage; se l'en le fait à esciaux ou sans esciaux." En in § 11 wordt duidelijk het al of niet bestaan van schuld onderzocht. „A totes les fois que beste à quatre piez fet dou-„mage, ou oisel privé .... la beste ou li oissaux privez sont „tenuz; et se la colpe du seigneur .... le sire est tenuz."

„La beste est tenuz" kan niet anders beteekenen dan dat op het dier de schade wordt verhaald, zonder dat de eigenaar in zijn verder vermogen aansprakelijk is.

Van de hier gehuldigde leer wijkt het *livre de droiz*, al moge het ook veel minder onder Romeinschen invloed staan, niet af.

In c. 871 leest men: „si un chien ou un cheval mordat „feroit un homme ou faisoit aucun dommage; celui à qui il „seroit en seroit quite en le désavouant, mais autrement il „seroit tenu du dommage." Neemt men het dier na de verstooting weer op, dan wordt men weer aansprakelijk. Nu staat het livre des droiz veel minder onder den invloed

van het geschreven recht dan het livre de Jostice et de Plet, zoodat men dit désavouer eerder zal gelijkstellen met het verstooten van den Sachsenspiegel, dan met de Romeinsche noxae datio. Toch bestaat er twijfel, daar men in § 228 leest: „donner les bestes à ceulx à qui ils auront fait le dommage"; want dit is geheel iets anders dan eenvoudig verstooten. Wanneer er werkelijk schuld is, omdat men met de hoedanigheid van het dier bekend was: la délivrance ne te souffist pas. Evenmin wanneer opzet aanwezig is, cf. c. 203 en de coutume de Bragérac ± 1322.

Ook de veldschade kan bij een landbouwend volk niet onbesproken blijven. Erkennende, dat onrechtmatige daden gewroken moeten worden, is men tevens geneigd om den eigenaar steeds voor zijn dier te doen instaan. Daarenboven staat hij, wiens vee in een ander land aangetroffen wordt, onder verdenking van niet ongenegen te zijn geweest, zich ten koste van een ander te verrijken. Dit kan men bv. bij Beaumanoir, deel I, c. XXX, opmerken. Wanneer een dier met zijn geleider op een's anders land aangetroffen werd, was men verplicht 60 sols d'amende te geven, benevens de schadevergoeding; doch zoo men bewijzen kon, dat het dier losgebroken was en men het dadelijk ging zoeken „il s'en passe „sans amende, mais est tenuz au damace rendre que le beste „a fait, car le negligence d'aucun ou le malvese garde „n'excuse pas contre autrui damace" (cf. de usibus Ande- „gaviae 89. Ancienne coutume de Normandie c. VIII).

Zuiver germaansch-rechtelijk is de coutume de Bragérac, ja zelfs is in het verwante livre des droiz, de bevoegdheid gegeven om kleinere dieren te dooden en, wat men vindt, als pand in beslag te nemen. Een opmerkelijke, echt feudale bepaling is het overigens, dat bij „chose tenue gentilment" boven de schadevergoeding nog een boete wordt geëischt.

Ik heb niet kunnen ontdekken, dat in den tijd der teboekstelling van de coutumes in de wettelijke bepalingen veel veranderingen zijn gebracht, doch in de theorie begint men meer eene gewijzigde opvatting aan te nemen.

Men herinnert zich, hoe bij de glossatoren den eigenaar, wanneer hij met de actio de pauperie aangesproken werd, de bevoegdheid werd verleend om door noxae datio zich van alle aansprakelijkheid te bevrijden. De plaatsen in het corpus juris, waarin hem die bevoegdheid gegeven werd, waren zoo talrijk, dat men haar niet kon ontkennen. Doch wijl men het wezen der actio niet begreep, konden de glossatoren bezwaarlijk inzien waarom deze noxae datio noodzakelijk was. Veeleer zocht men den grond in een motief aan de billijkheid ontleend: dat het periculum in eene zekere verhouding met het commodum moest staan. Donellus drukt het op zijne kernachtige wijze aldus uit (Lib. XV, c. 51): Non est aequum nos ex rebus nostris ultra aestimationem onerari. Toch kan ik, niettegenstaande deze autoriteit, de juistheid dier leer niet inzien. Waarom is dit zoo onbillijk? Tegen den onschuldigen eigenaar staat de even onschuldig benadeelde, die liefst alles vergoed krijgt. En dit zagen de Fransche juristen dan ook in. Niet gelijk de Romanisten aan de teksten van de wetten gebonden, hebben zij slechts zeldzaam de noxae datio erkend, nl. in de Coutumes van Brétagne art. 599; Acs. tit. XI, 40; Saint Sever tit. III. Te opmerkelijker is dit voor beide laatstgenoemde, wijl deze op Germaansche beginselen rustende een pand- of schutrecht geven, en de laatstgenoemde in art. 2 zelfs het recht geeft hoornvee te dooden. Geheel op het glossatorenstandpunt staat de coutume de la Bourt tit. IV, die bij het damnum legis Aquiliae niet, bij de actio noxalis wèl het prijsgeven toelaat. En hij die weet, dat zijn dier wel eens kuren had, is daar per se in culpa. Als voorbeeld van 't gemeene recht zou men op de coutume van Poitou mogen wijzen. Hoewel herhaaldelijk herzien, bleef haar hoofdbeginsel ongewijzigd; Volgens deze coutume nu kon de eigenaar van een land, „qui a jurisdiction", de dieren, die hij daarop vond, in bezit nemen en, totdat hij bevredigd was, onder zich houden, art. 57 (1514): „Ledit seigneur ou vassal qui a ainsi prins „ou fait prendre bestes en son domaine, peult eslire son „amende ou son dommage, car il ne peult que demander

„l'un des deux ....“ Hij die geen jurisdictie heeft, zal de dieren, die hij op zijn land vindt, grijpen en hoogstens één nacht en dag te zijnent houden. Daarna zal men ze voor den seigneur moeten brengen, die de boete zal ontfangen, terwijl de boer zijn schade vergoed krijgt.

Hier heeft men dus de keus tusschen boete of schadevergoeding. Meestal echter heeft men naar het voorbeeld der oude Normandische coutume bij losgebroken dieren de boete kwijtgescholden, wat, vooral sinds Dionysius Gothofredus (ad Bourges tit. 1, § IV) zich daarvoor verklaard had, ook bij de schrijvers als juist werd erkend.

Het is zeker opmerkelijk, hoe de Fransche Romanisten in dit opzicht op het glossatorenstandpunt bleven staan. Cujacius bijv. verdiepte zich in allerlei zuiver rechtshistorische quaestiën, en deed een onderzoek naar den oorsprong der lex Pesulania, maar vroeg niet naar den grond der actio de pauperie. Wel is waar achtte men het vreemd, dat de Romeinen slechts „damnum contra naturam“ vergoedden, doch de actio utilis, die daarvoor overbleef en waarmede men ook damnum secundum naturam vergoedde, bevrijdde van alle zorgen.

De civilisten als Domat komen echter met een nieuw systeem. Men kent de noodlottige dwaling van dezen schrijver, die de door de Romeinen een enkele maal gebruikte woorden „quasi ex delicto“ en „quasi ex contractu door quasi-délit en quasi-contrat vertaalde. En nu hield men quasi-délit al heel spoedig voor onrechtmatige daad; wel geen misdaad, maar toch altijd een culpoos delict. En zoekt men nu naar de schuld des eigenaars, dan is deze spoedig genoeg te vinden. „Du tout dommage, qui peut être causé par des „animaux, celui qui en est le maître, ou qui en est chargé, „en sera tenu s'il pouvoit ou devoit prevenir le mal.“ En men leerde: dat kan en moet de eigenaar voorzien, tenzij dat een derde het dier heeft opgehitst, want dan is de schuld van dien derden notoir. Deze leer werd door de jurisprudentie aangenomen, ja men ziet een practicus als Bourjon

haar zelfs als de ratio scripta huldigen. Zij heeft dan ook veel voor en is in overeenstemming met het rechtsgevoel. En toch is het opmerkelijk, hoe men voor alles het practisch resultaat wenscht, dat de schade zal worden vergoed, en voor dit goede doel de consequentiën der aangenomen leer over boord werpt. Vertrouwt toch iemand zijn dier aan een ander toe, dan is wel is waar, die ander aansprakelijk, doch de eigenaar blijft dit subsidiair eveneens, Bourjon, II, 504. Hij had dan maar, zeide men, beter moeten toezien aan wien hij zijne dieren toevertrouwde (cf. Boucheul, Coutume de Poitou (aanteekening) op art 80). Voor noxae datio is in zulk een systeem geen plaats, want waarom zou ik voor mijn' nalatigheid niet ten volle moeten boeten. Deze uitgebreide aansprakelijkheid werd dan ook door de parlementen van Noord-Frankrijk aangenomen.

De school van het natuurrecht was niet geschikt om in de aangenomen leer veel verandering te brengen, immers Puffendorf, *de jure naturae ac gentium*, III, c. I, 6 leert, dat de eigenaar voor *alle* schade moet instaan, daar er altijd schuld bij hem zal zijn, „debebat enim dominus vel talia animalia non alere vel ita eadem custodire ne alteri damnum dare possent“. Toch zal men niet ontkennen, dat er wel degelijk gevallen kunnen voorkomen, waarin werkelijk de eigenaar zonder schuld is. En in dit geval achtten hem de Groot en Barbeyrac, zeker ook autoriteiten bij de natuurrechtsleeraars, tot niets gehouden. „Car dès la qu'il „n'y a point de la faute du Maître, il n'est tenu à rien selon „le droit de la nature“, wat natuurlijk niet behoeft weg te nemen, dat men er niet spoedig toe overgaat om te erkennen dat er geen „faute“ is.

Voor de duidelijkheid van den Code en onze wet mag men het betreuren, dat Pothier in dit opzicht niet tusschen Puffendorf en Grotius gekozen heeft. De reden daarvan is, dat hij beider leer gelijkelijk verwierp. Zooals boven reeds werd opgemerkt, had onze beroemde landgenoot Noodt in zijne aanteekeningen op tit. Dig. 9, 1 eene verklaring van

het Romeinsche recht gegeven, die van de heden ten dage aangenomen opvattingen zeer weinig verschilt. Nu blijkt uit de *Pandectae Justinianeae in novem ordinem digestae* van Pothier, I p. 277, dat hij dezen schrijver gelezen heeft. Hij ziet in, hoe in het Romeinsche recht een dier evengoed onrecht kan plegen als een mensch: „sic in bellua, quae „instinctu regitur, injuriam imitatur damnum quod contra „instinctum suae mansuetae naturae dedit". En duidelijk is het nu voor hem geworden, waarom damnum secundum naturam datum niet vergoed wordt, doch hij aarzelt in zijn meer practische werken voor deze leer uit te komen. Wellicht achtte hij ze te specifiek Romeinsch. Doch dat hij het niet met zijn tijdgenooten eens is, blijkt bv. uit het *Traité des obligations*. Met Domat is hij van meening, dat quasi-délit niets anders is dan culpoos delict, doch hij hoedt er zich wel voor om het geval der actio de pauperie een quasi-delict te noemen. Doch evenmin zegt hij dat het geen quasi-delict was. Evenzoo in zijn *Introduction* op de coutume d'Orléans. Geen vlot geschreven inleiding, waarin steeds Romeinsch en Fransch recht worden vergeleken, gaat den titel der veldschade vooraf, doch een mat betoogje, nog geen pagina groot.

Kan het dan verwondering baren, dat waar iemand als Pothier niet tegen den stroom durfde oproeien, bij het maken van den Code Civil, de mannen der practijk nog steeds op het standpunt van het natuurrecht staan? Maar als men op dit standpunt staat moet men tusschen Grotius en Puffendorf kiezen. Uit de beraadslagingen kan men m. i. echter wel opmaken van welken kant de wind woei.

De staatsraad Treilhard ziet, volkomen in overeenstemming met de Fransche practijk, in délit een dolooze, in quasi-délit een culpooze handeling. En dat men nu zelfs voor eens anders daden aansprakelijk is, acht hij zeer billijk. Verricht een ondergeschikte een delict zoo heeft de meester hem òf niet goed opgeleid, òf is er bij hem culpa in eligendo.

Spreekt hij nu niet van dieren, de heer Tarrible drukt in weinige woorden, die ik mij vergun over te nemen, dezelfde

gedachte nog duidelijker uit. „Le dommage, pour qu'il soit „sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une im„prudence de la part de quelqu'un. S'il ne peut être attri„bué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, „dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a une „faute ou imprudence, quelque legère que soit leur influence „sur le dommage commis, il en est dû réparation. C'est à „ce principe que se rattache la responsabilité du propriétaire, „relativement aux dommages causés par les animaux.“

Wanneer men er nu op let, dat art. 1385 in den Code staat in het hoofdstuk des délits et quasi-délits, dan schijnt het duidelijk, denk aan Treilhard en Tarrible, dat men in de woorden: „Le propriétaire d'un animal ou celui qui „s'en sert, pendant qu'il est en son usage, est responsable du „dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous „sa garde soit qu'il fût egaré ou échappé“, niets anders bedoeld heeft dan de leer van de Groot te huldigen. Wanneer de eigenaar dus bewees niet en faute te zijn, was hij van alle aansprakelijkheid bevrijd.

Dit zou gewis zoo zijn, wanneer niet de rapporteur bij het tribunaat Bertrand de Greuille, na eerst volkomen hetzelfde als Tarrible gezegd te hebben, daarop had laten volgen: „D'ailleurs dans la thèse générale rien de ce qui „appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un „autre.“ Zou hij niet ingezien hebben dat hij in deze weinige woorden een geheel ander systeem huldigde? Ik geloof het niet, doch vermoed, dat ongeveer hetzelfde hem voor den geest zweefde, wat Marcadé ad art. 1385 later uitdrukte in de volgende bewoordingen: „car de deux choses l'une, ou „il n'a pas pris toutes les précautions que la prudence com„mandait, et alors il est en faute, ou il s'agit d'un animal „tellement méchant que toutes les précautions imaginables „pour l'empêcher de nuire sont inefficaces, et alors il est en „faute par cela seul qu'il le conserve“ [1]). Een redeneering

---

[1]) cf. Puffendorf l. c.

meer spitsvondig dan waar. Immers een voortreffelijke koetsier, wiens paarden schrikken en op hol slaan, is daarom niet per se in culpa, en de paarden zijn daarom per se niet slecht.

Doch hoe dit zij, onder de ontwerpers van den Code was verschil van meening. En dan kies ik onvoorwaardelijk partij voor Tarrible. Deze weet, wat hij wil, de Greuille hinkt op twee gedachten. Daarenboven bevrijdt de wet den eigenaar, wiens dier bij een ander in gebruik is. Is dit omdat hij er geen voordeel van heeft? Verdient dan de directeur van een manége minder dan de snorder, die den geheelen dag zelf zijn rossinante ment? Ik zou het betwijfelen, doch de snorder kan op zijn paard letten en dit kan hij, die paarden uit de hand verhuurt, niet.

In deze meening word ik bevestigd door het feit, dat de meeste Fransche schrijvers haar huldigen: cf. Delvincourt VIII, p. 454; Duranton XIII, p. 710; Aubry en Rau III, 203; Larombière V, p. 787 en vooral Laurent XX, 625. Bestreden wordt zij slechts door Maleville, die echter in het artikel de quintessence ziet van den Pandectentitel „si quis pauperiem" etc., eene meening die blijkbaar berust op onjuiste kennis van 't Romeinsche recht. Een waarlijk gewichtiger tegenstander is Demolombe XXXI, p. 555 en 564, die den eigenaar het recht ontzegt, om te bewijzen, dat hij 't zijne gedaan heeft om de schade te voorkomen. Doch de jurisprudentie volgde hem niet. Vergl. Dalloz, responsabilité 740 en vlg. Reeds een arrest uit den eersten tijd van het wetboek, 14 Frimaire An XIV (Dalloz 743), besliste, dat de woorden „qui s'en sert" hetzelfde beteekenen als „celui sous la garde duquel l'animal était"; een meening die nog niet is verlaten, getuige een arrest van 3 December 1872, Dalloz 1873, I, 337; Bruxelles 11 Maart 1829. (Dalloz, l. c.)

Heeft onze vaderlandsche wetgeving een ander systeem gehuldigd? Het Wetboek Napoleon voor Holland art. 1316 en het gelijkluidende art. 3039 van het Ontwerp 1820 doen dit niet aannemen. „De eigenaar van een beest of degeen, die

„hetzelve in zijn dienst heeft, is verantwoordelijk voor de „schade door het beest veroorzaakt; hetzij hetzelve dadelijk „onder zijn opzigt of bewaring dan wel verdwaald, ontsnapt „of doorgegaan zij, voorzooverre hij door zijn schuld of na„latigheid daartoe aanleiding heeft gegeven."

Hier wordt fictione legis bij den gebruiker geen schuld ondersteld; deze is' niet anders aansprakelijk dan wanneer zijn schuld aan het ongeval bewezen wordt. En deze bepaling is dubbel merkwaardig, wanneer men er aan denkt, dat het oud Hollandsch recht bij Simon van Leeuwen XXXIX, v. d. Sande en Groenewegen geenszins zulk een culpaleer huldigde. Het is echter in overeenstemming (zie boven) met de Groot.

Nu mag ik niet vergeten, dat het slot van art. 3039 van het Ontwerp 1820 niet meer in ons art. 1404 wordt gevonden; doch beteekent dit nu dat men geheel en al van meening veranderd zou zijn, en dat men den eigenaar altijd aansprakelijk heeft geacht, omdat hij ook qua eigenaar al de voordeelen van zijn eigendom heeft? Prof. Fockema Andreae komt tot dit resultaat [1]), doch met alle reverentie zou ik toch liever een andere meening verdedigen.

Men mag niet vergeten, dat de verandering al van 1825 dateert en door de regeering niet gemotiveerd werd. Ligt het dan niet voor de hand, dat men hier weer, als bij zooveel andere gelegenheden, tot den Code terugkeerde? Het is niet meer de zuivere toepassing van art. 1401 die men wenscht, maar de leer van den Code, die den eigenaar of gebruiker aansprakelijk acht, omdat hij beschouwd wordt in culpa te zijn, ofschoon het hem vergund blijft dit vermoeden te ontzenuwen.

Ik geloof, dat dit de bedoeling der verandering was, immers geen der Belgische leden heeft het opgevat alsof een nieuw systeem aangenomen werd. Daarenboven staat ook in onze wet art. 1404 in nauw verband met de voorafgaande artt.

---

[1]) loc. cit. *Regtsgel. Bijdragen* 1874.

1401 en vlg. en beide artikelen stonden oorspronkelijk in een thans vervallen afdeeling „van verbintenissen uit onregtmatige daad voortspruitende.“ En hoe wil men onrechtmatigheid aannemen zonder schuld? Zelfs art. 1403 handhaaft haar steeds, 't zij dat de ouders het kind slecht hebben opgevoed, 't zij dat men, zooals bij de werkmeesters, met culpa in eligendo te doen heeft. Voor de tegenovergestelde meening sprak niemand.

Ook in 1833 heeft de[s] regeering geen afdoende wijziging aangebracht door verandering van het woord „gedurende“ in „zoolang“.

Wel werd in de derde afdeeling het volgende met instemming gezegd: „want de eigenaar is in allen gevalle tot schade„vergoeding verbonden om het even of het dier tot zijn ge„bruik verstrekt of niet, omdat hij er eigenaar van is“; maar de regeering heeft aan het verlangen dier afdeeling niet voldaan. Wilde de afdeeling, dat de eigenaar altijd aansprakelijk zou zijn, behalve zoolang een derde het dier gebruikte, zoodat voor weggeloopen dieren de eigenaar altijd schade moest dragen, onverschillig of het dier bij hem dan wel bij den gebruiker weggeloopen was: de regeering had een ander systeem. Volgens haar is er volkomen gelijkstelling tusschen eigenaar en gebruiker, de laatste is aansprakelijk van het oogenblik af, dat hij het dier in zijn hoede nam, totdat hij het aan den eigenaar restitueert.

Vat men toch het bij Voorduin V, p. 84, vermelde regeeringsantwoord niet in dezen zin op, dan is de bedoeling der regeering geheel en al onbegrijpelijk. Duidelijk blijkt het echter, dat er tusschen regeering en volksvertegenwoordiging een verschil bestaan, en de zienswijze der regeering het pleit gewonnen heeft, en nu acht ik het minder geoorloofd om een leer aan te nemen, die in hoofdzaak met die, welke door de afdeeling verdedigd werd, overeenkomt.

Met alle bescheidenheid moet ik mij dan ook verzetten tegen de opinie van Prof. Fockema Andreae, *Rechtsg. Bijdragen* 1874, p. 123—125. In hoofdzaak huldigt deze

schrijver, evenals wij, de leer der culpa, en op juiste gronden toont hij aan, dat het onbillijk zou zijn om den benadeelde den bewijslast op te leggen. Minder juist komt mij de volgende zinsnede voor: „Men zegge niet, ook van den „eigenaar mag men niet meer dan het mogelijke vergen; ik „zou antwoorden geene zorg is voor hem onmogelijk.“

Evenals ik tegen Marcadé (verg. bl. 205) de juistheid dier bewering bestreed, vraag ik ook hier: Is het niet denkbaar dat iemands paarden op hol gaan, niettegenstaande de koetsier zijn uiterste best heeft gedaan?

Ook de Hoogleeraar Diephuis is een tegenstander der schuldleer, niettegenstaande hij met klem betoogt, dat de regeering zou geantwoord hebben, wat wij haar boven in den mond legden. Ook hij laat den eigenaar of gebruiker niet toe te bewijzen, dat hij onschuldig is. Doch dan is het niet geheel en al duidelijk, waarom hij, als een derde het dier opgehitst heeft, dien derde aansprakelijk acht en niet den eigenaar van het dier (Systeem XI, p. 109). Dat men èn tegen dien derde èn tegen den eigenaar een actie geeft, cf. Diephuis, Tweede druk p. 273, acht ik in zijn leer alleszins verklaarbaar, doch den eigenaar dan te bevrijden schijnt minder logisch. Ja maar, zegt men, het is hier duidelijk dat de eigenaar geen schuld heeft. Deze tegenwerping is in het systeem niet geoorloofd. Òf, zooals Prof. Fockema doet, zal men moeten antwoorden: hij is toch schuldig, omdat hij een dier er op na houdt, dat zich laat ophitsen; òf men zal moeten zeggen, niet omdat er schuld bij den eigenaar of gebruiker was, maar omdat hij van 't dier profiteerde, is hij aansprakelijk. En toch voelt men de juistheid dier tegenwerping en wil men den eigenaar gaarne van alle aansprakelijkheid bevrijden. Zou de fout dan niet in het systeem schuilen?

Slechts dan, wanneer de benadeelde zelf het dier heeft getergd, kan men ook volgens de communis opinio de actie ontzeggen; immers dàn is de meester of gebruiker wel aansprakelijk, doch heeft hij op den eischer onmiddellijk weder verhaal krachtens art. 1401 B. W. Gaat men daarentegen

met Laurent en de fransche practijk mede, dan is men van alle moeilijkheden verlost.

Een enkele maal is de hier verdedigde leer in de jurisprudentie gehuldigd, zie *W.* n°. 3283, Kgr. Beetsterzwaag 23 October 1869. Doch ik moet erkennen, dat noch de communis opinio der rechtsleeraars, noch de magistratuur haar aanvaardt. Meestal neemt men een media sententia aan en laat toe, dat de gedaagde de eigen schuld des eischers bewijze; b.v. Roermond 9 Januari 1863, *W.* n°. 2484; Amsterdam 3 Januari 1854, vern. Kgr. II 21 Maart 1853, cf. *R. B.* 1854 IV, 275. Opmerkelijk mag het zeker genoemd worden, dat, niettegenstaande den invloed van het opstel van Mr. Fockema Andreae, de kantonrechter te Appingedam 10 Dec. 1884, *W.* n°. 5422, nog aannam dat zelfs bij art. 1404 de eischer de schuld des gedaagden moet bewijzen. Eene herinnering aan het Romeinsche recht vindt men in een vonnis der Haagsche rechtbank dd. 11 November 1869, *W.* n°. 3171, dat art. 1404 B. W. niet toepasselijk acht, wanneer de eischer poseert, dat de schade is aangebracht dewijl de knecht des gedaagden zijn paard slecht bestuurd heeft, zoodat het dier slechts het middel zou zijn geweest waardoor de schade veroorzaakt was. Dit onderscheid, dat met het Romeinsche recht ten grave is gedaald, verwierp een arrest van het hof van Gelderland, 28 Juni 1871, *W.* n°. 3383.

Staan wij nu bij de herziening van ons B. W. voor de vraag, welk der drie systemata men zal huldigen, daar is het geoorloofd om van den ontwerper te verlangen, dat hij zich duidelijk zal uitspreken. De Romeinsche leer zal wel niet worden aangenomen, zoodat de keus al dadelijk beperkter wordt. Neemt men de eigendomstheorie aan, zij het dan ook met de beperking, dat de gebruiker den eigenaar vervangt, dan late men den gedaagde tot geen exceptie toe. Wenschelijker schijnt het intusschen om de schuldtheorie aan te nemen. Dit doet ook het nieuwe Duitsche ontwerp § 734, doch merkwaardiger wijze eischt dit dat de eischer bewijze, dat de ramp aan des gedaagden schuld is te wijten. Volgens de

memorie van toelichting heeft men het voordeel: „dass man „damit den Boden des Deliktes nicht verlässt und wenn auch „nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem „sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schafft. Zu „einer solchen positiven Regelung fehlt es aber an halt-„baren Gründen."

Toch zou ik het betwijfelen, of het boven alle critiek is verheven om aldus den eischer de schuld te doen bewijzen. Zeer zeker is men in overeenstemming met het „actor actionem probat", doch het is nog zoo zeker niet dat, „regel-„mäszig, wenn die Aufsichtspflicht wirklich verletzt ist, die „Verletzung, sowie der Kausalzusammenhang sich ohne „Schwierigkeit wird nachweisen lassen".

Zelfs al neemt men ook in civilibus de vrije bewijstheorie aan, zal toch dit bewijs bezwaarlijk genoeg vallen. En strijdt het tegen ons rechtsgevoel, dat iemand onverdiend schadevergoeding moet betalen, evenzeer is het hard, dat hij die schade heeft geleden, deze uit gebrek van bewijs niet vergoed krijgt.

Hoeveel gemakkelijker zal het toch den koetsier vallen om te bewijzen dat hij het rijden verstaat, dan aan den armen overreden bedelaar, dat de paarden niet zijn geschrokken, doch de koetsier een onvoorzichtig rijder is.

Iemand die alle zorg heeft gepraesteerd zal dit zeer gemakkelijk kunnen bewijzen. Een tweede voordeel van het opleggen van den bewijslast aan den gedaagde is het, dat men in overeenstemming blijft met hetgeen sedert jaren hier te lande gegolden heeft.

Hoe het zij, de hoofdzaak is, dat de schuldtheorie worde aangenomen. Zij wordt niet alleen, dit althans trachtte schrijver dezes aan te toonen, thans reeds in de wet gehuldigd, maar door haar heeft men ook homogeniteit met het strafrecht, artt. 458 en 459 Swb.

Dat men hier het O. M. de schuld laat bewijzen is, om redenen van strafrechtelijken aard alleszins gerechtvaardigd. Doch dit is een quaestie van détail; in den grond der zaak is er thans tusschen burgerlijk en strafrecht geen verschil meer.

Een enkel woord ten slotte over het aloude Germaansche schutrecht. Het werd hier te lande geregeld door art. 12 tit. II van de wet van 28 Sept.—6 Oct. 1791 concernant les biens et usages ruraux et la police rurale. Het is niet te ontkennen, dat hierin een ander beginsel werd gehuldigd dan in den Code of het B. W., daar wel de gebruiker in de eerste plaats, doch ook de eigenaar subsidiair, aansprakelijk was voor de schade van losgelaten dieren. Merkwaardiger wijze mocht men vogels zelfs dooden.

In hoeverre dit art. 12 hier te lande gold was uiterst twijfelachtig, doch door art. 3 der Invoeringswet van 15 April 1886, Stbl. n°. 64, is de geheele wet voorgoed afgeschaft. Met deze wet schijnt thans het schutrecht ten grave gedaald te zijn. In hoeverre men op het platte land daar nog gebruik van maakte, heeft schrijver dezes niet kunnen ontdekken.

Leiden, Januari 1890.

WETGEVING.

Overzicht van de Engelsche Wetgeving gedurende het jaar 1889,

DOOR

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF.

De politieke omstandigheden waren in het afgeloopen jaar den wetgevenden arbeid niet zoo ongunstig als in de voorafgaande jaren. De *Statutes*, 52 en 53 Victoria, 1889, tellen dan ook een 76tal capita, waaronder verscheidene van niet geringen omvang. Het doorbladeren dier verschillende wetten versterkt opnieuw den indruk, door de kennisneming van Engelsche wetten telkens weêr opgewekt, dat de bewoners van het continent den Engelschen hunne wetgevingstechniek niet behoeven te benijden noch af te kijken. Moge al de Engelsche wetgever eene navolgingswaardige bedrijvigheid op wetgevend gebied ten toon spreiden, en de Engelsche wetten niets vertoonen van de onverstoorbare stabiliteit die den vastelandschen codificaties eigen is, de wijze van redigeeren lijkt mij nagenoeg alles te wenschen over te laten. In de redactie van zijne wetten herkent men den practischen, helderen Brit nergens; wel spreekt daaruit een grenzeloos wantrouwen in het gezond verstand van den rechter. Breedsprakig, ingewikkeld en moeilijk verstaanbaar, schijnen de Engelsche wetten geschreven te worden, niet voor het volk, maar voor taalvorschers en geraffineerde juristen.

Een merkwaardig voorbeeld van wetgevingstechniek levert de verleden jaar tot stand gekomen

Interpretation Act, 1889, 52/53 Vict., c. 63. Zij stelt regels omtrent de uitlegging der wetten, of liever zij wijst de beteekenis

aan, waarin een reeks woorden in de wetten gebruikt wordt. Reeds in 1850 was eene dergelijke wet, „ter vereenvoudiging van de taal in de landswetten (Acts of Parliament) in gebruik", op initiatief van Lord Brougham tot stand gekomen, terwijl ook in tal van wetten verklaringen van de daarin aangenomen terminologie voorkomen. Dit laatste op zich zelf bevat voor ons niets vreemds, in ons Wetboek van Strafrecht geeft immers de negende titel van het eerste Boek de „beteekenis van sommige in het wetboek voorkomende uitdrukkingen".

De *Interpretation Act* heeft dan ook veeleer dit bijzonders, dat zij is eene algemeene wet, eene wet die de uitlegging van alle andere wetten (bestaande zoowel als toekomstige) vaststelt, en dat zij de beteekenis aangeeft van tal van woorden, omtrent welker zin wij verschil van meening niet goed denken kunnen. Zoo lezen wij in sect. 1, dat onder woorden, aanduidende het mannelijk geslacht, het vrouwelijk geslacht is begrepen, en dat woorden, in het enkelvoud gebezigd, het meervoud omvatten, en omgekeerd, een regel van uitlegging waaraan ten onzent nimmer is getwijfeld. Dat onder de uitdrukking „persoon" een „rechtspersoon" begrepen is, dat het woord „maand" een „kalendermaand" beteekent, dat met een ambtenaar in zijne kwaliteit de „fungeerende ambtenaar" wordt bedoeld, ook dat schijnt moeilijk voor betwisting vatbaar, immers te strooken met de natuurlijke beteekenis dier woorden. Wat eerder betwistbaar is, is de vraag, of de kalendermaand gerekend moet worden 30 of 31 dagen te tellen, deze echter lost de wet niet op. Ook bepalingen als de volgende, dat onder „schrift" begrepen is, „elke reproductie van woorden in een zichtbaren vorm" (zooals door druk, lithografie of photografie), heeft onze wetgever nooit noodig geacht.

Behalve de verklaring van de beteekenis van een 83 verschillende woorden en titels, geeft de wet nog eenige voorschriften omtrent de werking der wetten. Zoo wordt bepaald dat de afschaffing van eene afschaffende wetsbepaling de her-

leving van het oorspronkelijk afgeschafte niet ten gevolge heeft, tenzij dit uitdrukkelijk mocht worden gezegd; dat waar eene bepaling wordt afgeschaft en door een andere vervangen, de afgeschafte bepaling blijft gelden tot dat diegene, welke bestemd is haar te vervangen, in werking treedt; dat rechten verkregen en verplichtingen aangegaan onder de werking van een later afgeschafte wetsbepaling ook na die afschaffing van kracht blijven, en derg. meer.

Evenals het vorige jaar bevatten de *Statutes* weer eenige „consolidating" wetten, wetten eigenlijk uitsluitend bestemd om verspreide wettelijke bepalingen betreffende een bepaald onderwerp in één wet samen te voegen, maar die meestal aanleiding geven om tevens enkele wijzigingen in het bestaande recht te brengen. De belangrijkste van deze wetten is

the Factors Act, 1889, 52/53 Vict., c. 45, welke 1 Jan. 1890 in plaats is getreden van de vier bestaande factors-wetten van 1823, 1825, 1842 en 1877. Het woord „factor", dat in den titel is behouden, komt in den tekst zelven van de wet niet meer voor; het is vervangen door „mercantile agent", waaronder de wet, volgens sect. 1 (1), verstaat den agent, wiens gewone wijze van handelen als zoodanig medebrengt, dat hij de bevoegdheid heeft om goederen te verkoopen, ten verkoop te consigneeren, te koopen of te verpanden.

De rechtskracht van de handelingen van dezen agent wordt in de eerste plaats geregeld. Daaromtrent bepaalt sect. 2: dat, wanneer een (handels)agent, met de toestemming van den eigenaar, in het bezit is van goederen of van documenten die recht geven op goederen, de verkoop, verpanding of beschikking over die goederen, door den agent in de uitoefening van zijn bedrijf gedaan, even geldig is als wanneer deze daartoe in het bijzonder ware gemachtigd, mits degene, met wien de agent handelde, te goeder trouw zij en ten tijde der handeling niet hebbe geweten dat de agent daartoe niet bevoegd was. Ook dan wanneer de agent met de toestemming van den eigenaar in het bezit is geweest van goederen of van documenten die daarop recht geven, doch die toestem-

ming sedert is ingetrokken, blijft de verkoop, verpanding of beschikking over die goederen door den agent geldig, mits degene met wien hij handelde, de intrekking der toestemming niet heeft gekend. De toestemming van den eigenaar wordt verondersteld, totdat het tegendeel is bewezen. Onder „documents of title to goods" (documenten die recht geven op goederen) verstaat de wet cognossementen, ceelen, bewijzen van opslag, volgbriefjes, en ieder ander document dat in het verkeer pleegt te worden gebruikt als bewijs van het bezit of van de macht over goederen, of dat den houder de bevoegdheid geeft, door middel van endossement of overgaaf van het stuk, de daarin vermelde goederen over te dragen of te ontvangen. Verpanding van deze documenten wordt geacht verpanding der goederen te zijn.

De wet regelt dus de bevoegdheid van den agent, en wel in dien zin, dat hij bevoegd wordt verklaard, de hem als zoodanig toevertrouwde goederen te vervreemden en te verpanden. De overige bepalingen der wet kunnen het best worden aangeduid als concessies aan den in het Engelsche recht niet bekenden regel, dat voor roerende goederen bezit geldt als volkomen titel. Zoo wordt bepaald in art. 7, dat als de eigenaar zijne goederen aan een ander heeft toevertrouwd om ze te consigneeren of te verkoopen, of ze heeft verscheept op den naam van een ander, de geconsigneerde, die hiermede onbekend is, wegens voorschotten gedaan aan dien ander, dezelfde rechten op het goed verkrijgt als wegens voorschotten aan den eigenaar gedaan. Volgens art. 8 is, wanneer iemand goederen heeft verkocht, doch in het bezit daarvan of van de documenten die daarop recht geven, is gebleven, de levering of overdracht dier goederen of documenten door hem of van zijnentwege aan een derde, ingevolge verkoop, verpanding of eenige andere beschikking, tegenover dien derde, indien deze die goederen of documenten te goeder trouw ontvangt, even geldig als eene levering of overdracht door den eigenaar zelven. Art. 9 leert ons dat, wanneer iemand goederen koopt en met toestemming van den verkooper het bezit

verkrijgt van de goederen of de documenten die daarop recht geven, de levering of overdracht daarvan door hem of door een agent voor hem, ingevolge verkoop, verpanding of eenige andere beschikking, aan iemand die niet bekend is met de rechten die de verkooper op die goederen kan doen gelden, dezelfde rechtskracht heeft als de levering of overdracht van goederen of de daarop betrekkelijke documenten door een agent, die ze met toestemming van den eigenaar onder zich heeft. Wanneer aan den kooper van goederen de daarop betrekkelijke documenten overgedragen zijn, en hij deze weer overdraagt aan een ander, die te goeder trouw is en er waarde voor geeft, dan heeft deze laatste overdracht ten gevolge dat de oorspronkelijke verkooper zijn voorrecht (*lien*) en zijn recht van reclame (*stoppage in transitu*) verliest (art. 10).

Uitdrukkelijk wordt nog door art. 12 gezegd dat de agent, die zijne bevoegdheid te buiten gaat, deswege jegens zijn lastgever verantwoordelijk is. Voorts wordt den eigenaar der goederen het recht voorbehouden om de goederen in geval van faillissement van den agent op te vorderen, zoolang ze niet verkocht of verpand zijn; om door den agent verpande goederen te lossen, tegen betaling van de pandschuld en van hetgeen waarvoor de agent die goederen mocht terughouden; om van hem, aan wien de goederen door den agent verpand zijn, op te vorderen wat deze bij verkoop meer opbrachten dan de pandschuld bedroeg; om den door den kooper aan den agent nog niet betaalden koopprijs op te eischen.

De wet is niet toepasselijk op Schotland.

Als „consolidating Acts" moeten verder genoemd worden **the Commissioners for Oaths Act, 1889, 52 Vict., c. 10**, eene wet, welke in hoofdzaak regelt de aanstelling van ambtenaren onder den naam van „commissioners for oaths", die de bevoegdheid hebben eeden af te nemen en beëedigde verklaringen (affidavits) te verlijden. Buiten Engeland hebben alle Engelsche diplomatieke en consulaire ambtenaren de bedoelde bevoegdheid, alsmede die om notariëele werkzaamheden te verrichten.

The Arbitration Act, 1889, 52/53 Vict., c. 49. Zij regelt, onder

afschaffing der daaromtrent bestaande bepalingen, de rechtspraak door scheidslieden, waarbij men heeft te onderscheiden tusschen *arbitrators* (gewone scheidslieden) en *referees* — hetzij dan „official referees", officiëele scheidslieden of deskundigen, als zoodanig bij het gerecht aangestelde ambtenaren, hetzij „special referees", ad hoc benoemde scheidslieden of deskundigen —, aan wie de rechter in elk proces, uitgenomen crimineele zaken die vervolgd worden door de Kroon, bepaalde vragen kan verwijzen om daarover een rapport uit te brengen.

Ook kan iedere zaak (met gelijke uitzondering voor crimineele zaken die vervolgd worden door de Kroon) — wanneer partijen het er over eens zijn, wanneer de zaak een langdurig onderzoek van documenten of wetenschappelijke of plaatselijke onderzoekingen vereischt, welke naar het oordeel van den rechter niet goed door de jury kunnen worden gedaan noch ook door de gewone ambtenaren van het gerecht, als ook wanneer het geschil geheel of gedeeltelijk loopt over rekeningen — door den rechter in haar geheel, of voor zooveel betreft bepaalde feitelijke vragen, ter behandeling worden verwezen, hetzij naar een *special referee* of *arbitrator* door partijen aangewezen, hetzij naar een *official referee.*

De wijzigingen, die door deze beide *consolidating* wetten in het bestaande recht worden gemaakt, zijn van ondergeschikte beteekenis.

Van de overige wetten mogen de volgende vermeld worden:

the National Debt Redemption Act, 1889, 52 Vict., c. 4, bepalende de afbetaling a pari op 6 Juli 1889 van de niet tot de conversie toegetreden houders van 3°/₀ staatsschuld.

The Sale of Horseflesh etc. Regûlation Act, 1889, 52 Vict., c. 11. Volgens art. 1 dezer wet mag niemand paardevleesch, bestemd voor menschelijk voedsel, verkoopen, te koop aanbieden, uitstallen of in voorraad hebben, elders dan in een winkel, vleeschbank of plaats boven of over welke voortdurend in leesbare letters, minstens vier duimen lang, op eene zichtbare plaats, zoodat zij dag en nacht, den geheelen tijd gedurende welken aldaar paardevleesch te koop is, ge-

zien kunnen worden, woorden zijn geschilderd, geplaatst of aangebracht, welke te kennen geven dat aldaar paardevleesch wordt verkocht. De uitdrukking „paardevleesch" omvat vleesch van ezels en muildieren, en bedoelt paardevleesch, zoowel gekookt als ongekookt, alleen of vermengd met andere zelfstandigheden.

Paardevleesch, bestemd om verkocht te worden, hetwelk gevonden wordt op andere plaatsen dan de bovengenoemde, kan in beslag genomen worden. Voorts verbiedt de wet paardevleesch te leveren aan koopers van ander vleesch dan paardevleesch, en bedreigt zij een boete van hoogstens £ 20 tegen overtreding van hare bepalingen. De bewijslast, dat het in beslag genomen vleesch niet bestemd was om als menschelijk voedsel verkocht te worden, rust op den beklaagde.

De wet is den 29sten Sept. 1889 in werking getreden.

The Indecent Advertisements Act, 1889, 52/53 Vict., c. 18. Met eene geldboete van hoogstens 40 shillings of gevangenisstraf van hoogstens één maand, met of zonder zwaren arbeid, wordt volgens art. 3 gestraft degene die op eene van den openbaren weg zichtbare plaats vasthecht of schrijft, of op den openbaren weg verspreidt of vertoont, of voor het raam van een huis of van een winkel uitstalt, een prent of een gedrukt of geschreven stuk van onzedelijken of oneerbaren inhoud. Volgens art. 5 worden als zoodanig beschouwd advertenties betrekkelijk syphilis, gonorrhoea, zenuwzwakte en andere kwalen uit het geslachtelijk verkeer voortspruitende, doch alleen als zij zijn vastgehecht of geschreven op eene van den openbaren weg zichtbare plaats, of worden uitgedeeld op den openbaren weg.

The Weights and Measures Act, 1889, 52/53 Vict., c. 21. Deze wet geeft bepalingen over den ijk van de maten en weegwerktuigen en over de benoeming enz. van inspecteurs van de maten en weegwerktuigen, tevens ijkers. Voorts verschillende voorschriften over den verkoop van steenkolen; o. a. wordt op een boete van hoogstens £ 5 voor iedere overtreding, de

verkoop van steenkolen anders dan bij het gewicht verboden.

The Friendly Societies Act, 1889, 52/53 Vict., c. 22. Zij bepaalt met geringe wijziging hetzelfde als de gelijknamige wet van het vorige jaar (*Rechtsgel. Magazijn*, 1889, bl. 295 vlg.), welke dan ook door de tegenwoordige wet wordt vervangen.

The Board of Agriculture Act, 1889, 52/53 Vict., c. 30, betreffende de instelling van wat misschien het best genoemd kan worden een Ministerie van Landbouw. Art. 1 bepaalt dat er zal zijn een Raad van Landbouw, waarin zitting hebben de Voorzitter van den Raad (Council), de eerste secretarissen van staat, de eerste raadsheer van de schatkist (First commissioner of the Treasury), de kanselier van de schatkist, de kanselier van het hertogdom Lancaster, de secretaris voor Schotland, en wie verder door de Koningin in den Raad benoemd mogen worden. Een lid van den Geheimen Raad wordt tot voorzitter benoemd. Buiten tegenwoordigheid van den Voorzitter of een van de bovengenoemde hoogwaardigheidsbekleeders kan de Raad niet wettig handelen.

Volgens art. 2 wordt de Raad belast: 1°. met de uitvoering van de wetten op de vernielende insecten en de besmettelijke veeziekten, tot nu toe opgedragen aan den Geheimen Raad; 2°. met de uitvoering van de wetten betreffende de tienden en de afkoopbaarstelling daarvan, de regeling van de „copyhold“ (erfelijke leenen), de markgronden (Inclosure Acts) en de *allotments* (zie *Rechtsgel. Magazijn*, 1888 (dl. 7), bl. 349 vlg.), de draineering en verbetering van landerijen, en eenige andere onderwerpen, met den landbouw of den grondeigendom in verband staande, welker uitvoering berustte bij de „Land Commissioners“ en welke alle in eene aan de wet toegevoegde bijlage worden opgesomd; 3°. met eenige functies van den Raad van openbare werken en gebouwen; 4°. met de samenstelling van statistische gegevens betreffende den land-, tuin- en boschbouw. Voorts is de Raad van Landbouw bevoegd de inspectie op zich te nemen van scholen, waarin land- of boschbouwkundig onderwijs wordt gegeven, hulp te verleenen aan die

scholen welke inspectie toelaten, onderzoekingen in te stellen en proeven te nemen met het doel om land- of boschbouw te bevorderen, en regels te stellen omtrent het muilbanden en bewaken van honden, alsmede omtrent het opvangen van los loopende, ongemuilbande of onbewaakte honden. In verband met de instelling van het nieuwe Ministerie wordt de betrekking van „Land Commissioner" opgeheven. Den fungeerenden Land Commissioners wordt eene plaats in of bij het nieuwe Ministerie aangewezen.

De wet bevat voorts verschillende bepalingen omtrent de inrichting van het nieuwe Departement.

The Trust Investment Act, 1889, 52/53 Vict., c. 32, regelt nader en breidt uit de bevoegdheid van beheerders van eens anders vermogen (*trustees;* bewindvoerders, executeurs, e. a.), om de kapitalen onder hun beheer te beleggen. Art. 3 noemt vijftien soorten van beleggingen in effecten, die den trustee geoorloofd zijn, tenzij de akte van aanstelling hem de een of andere belegging uitdrukkelijk verbiedt.

The Companies Clauses Consolidation Act, 1889, 52/53 Vict., cap. 37. De wet dient uitsluitend om in eene gelijknamige wet van het jaar 1888, vermeld in het *Rechtsgeleerd Magazijn*, jg. 1889, bl. 295, de woorden „a member of", aldaar gesignaleerd als abusievelijk in die wet voorkomende, te schrappen.

The Lunacy Acts Amendment Act, 1889, 52/53 Vict., c. 41; de omvangrijkste van de in het jaar 1889 tot stand gekomen wetten, welke in 95 woordenrijke artikels ingrijpende wijzigingen in de wetgeving betreffende de krankzinnigen vaststelt.

De belangrijkste wijziging is misschien wel de nieuwe regeling van de procedure tot opneming in een gesticht van een beweerden krankzinnige, die niet behoort tot de klasse der arme krankzinnigen, der misdadige krankzinnigen of der krankzinnigen van den Lord Kanselier (verg. S. M. J. van Geuns, *het Staatstoezicht op de krankzinnigen*, Prft. 1888, bl. 19 vlg.). Tot nu toe geschiedde de opneming eenvoudig op verzoek van een privaat persoon, onder overlegging van eene verklaring van twee geneesheeren. Voortaan zal

daartoe een bevelschrift noodig zijn, na een behoorlijk onderzoek door een graafschaps-, politie- of vrederechter af te geven. De aanvraag tot plaatsing in het gesticht geschiedt bij verzoekschrift, onder overlegging van twee geneeskundige verklaringen, een van welke van den huisdokter afkomstig moet zijn. De rechter onderzoekt de zaak met gesloten deuren, hoort des noodig getuigen en is bevoegd den beweerden krankzinnige te bezoeken. Het bevelschrift van den rechter geeft recht den patient in een gesticht op te nemen en vast te houden.

Eene uitzondering wordt gemaakt voor spoedeischende gevallen, d. w. z. wanneer het belang van den patient of de openbare veiligheid de onmiddellijke verpleging van den krankzinnige in een gesticht vordert. Alsdan kan tot de opneming worden overgegaan op schriftelijke machtiging van den echtgenoot of een naasten bloedverwant van den krankzinnige, of bij gebreke van hen van eenig ander belanghebbende, vergezeld van ééne geneeskundige verklaring. Dergelijke machtiging blijft evenwel slechts gedurende zeven dagen van kracht, ten ware een verzoek tot plaatsing in een gesticht bij den rechter aanhangig mocht zijn.

De wet bevat voorts een aantal andere voorschriften, in het bijzonder omtrent de opneming in een gesticht, op rechterlijk bevel, van krankzinnigen die niet behoorlijk verpleegd, mishandeld of verwaarloosd worden; omtrent arme krankzinnigen en hunne verpleging in een werkhuis; omtrent het ontslag van krankzinnigen uit het gesticht waarin zij verpleegd worden; omtrent het officiëele toezicht op de gestichten, het gebruik van middelen van bedwang, het beheer van het vermogen van krankzinnigen en zwakken van geest, en verschillende andere onderwerpen. Ter bevordering van de eenheid in het Staatstoezicht geeft de wet aan den Lord Kanselier de bevoegdheid om de commissies der *Masters in Lunacy* en der *Visitors of Lunatics* samen te smelten met de commissie der *Commissioners in Lunacy* (Verg. over deze commissies: van Geuns, t. a. p.).

De wet treedt in werking den 1sten Mei van het loopende jaar.

The Merchant Shipping (Tonnage) Act, 1889, 52/53 Vict., c. 43 wijzigt de bestaande voorschriften omtrent de meting van schepen, door nieuwe regels te stellen omtrent de wijze van berekening van den netto register-tonnen-inhoud.

The Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889, 52/53 Vict., c. 44. Het doel der wet is kinderen en jonge lieden te beschermen tegen mishandeling of verwaarloozing door degenen aan wier zorgen zij zijn toevertrouwd, alsmede daartegen dat zij door deze personen gebezigd worden voor werkzaamheden die voor hen nadeelig zijn.

Volgens art. 1 wordt de persoon boven zestien jaren, die de zorg of het toezicht heeft over een jongen beneden veertien jaren of een meisje beneden zestien jaren, wanneer hij dat kind opzettelijk mishandelt, verwaarloost, verlaat of aan gevaren blootstelt (exposes), zoodat dit kind daardoor onnoodig lijdt of zijne gezondheid wordt benadeeld, gestraft, in geval van schuldigverklaring na verwijzing door eene groote jury, met eene geldboete van hoogstens £ 100, en alternatief, subsidiair of bovendien met gevangenisstraf van hoogstens twee jaren, met of zonder zwaren arbeid, en, in geval van schuldigverklaring na summiere behandeling der zaak, met eene geldboete van hoogstens £ 25, en alternatief, subsidiair of bovendien met gevangenisstraf van hoogstens 3 maanden, met of zonder zwaren arbeid.

Blijkt het dat de beklaagde geldelijk belang had bij den dood van het kind, dan kan de geldboete, in geval van behandeling voor de jury, verhoogd worden tot £ 200.

Art. 3 bepaalt dat degene, die 1°. een kind beneden den leeftijd hierboven aangegeven op straat laat bedelen, al geschiedt dit onder den dekmantel van zingen, spelen, iets vertoonen of te koop aanbieden; 2°. een kind van dien leeftijd tusschen 10 uur 's avonds en 5 uur 's morgens doet verblijven op straat of in een lokaal waarvoor is gegeven vergunning om sterken drank te verkoopen, mits niet tevens eene vergunning

volgens de wet op de publieke vermakelijkheden, ten einde aldaar voor geld te zingen, te spelen of het een of ander te vertoonen of iets te koop aan te bieden; 3°. een kind beneden den leeftijd van tien jaren doet verblijven op straat of in een lokaal, waarvoor vergunning tot verkoop van sterken drank is gegeven of eene vergunning volgens de wet op de publieke vermakelijkheden, of in een circus of andere plaats van openbare vermakelijkheid waartoe het publiek tegen betaling toegang heeft, ten einde aldaar voor geld te zingen, te spelen of het een of ander te vertoonen of iets te koop aan te bieden, — wordt gestraft, na schuldigverklaring voor een gerecht van summiere behandeling, met eene geldboete van £ 25, en alternatief, subsidiair of bovendien met gevangenisstraf van drie maanden, al of niet met zwaren arbeid.

De plaatselijke autoriteit kan bij besluit in de sub 2°. aangegeven uren wijziging brengen. Ook kan onder zekere voorwaarden vergund worden, dat kinderen boven zeven jaren in een lokaal, waarvoor eene vergunning is gegeven volgens de wet op de openbare vermakelijkheden, of in een circus of andere plaats van openbare vermakelijkheid, deel nemen aan aldaar te geven voorstellingen. Aan de fabrieks-inspecteurs, aangesteld onder de Factory and Workshop Act van 1878, kan worden opgedragen toe te zien dat de gestelde voorwaarden worden nagekomen.

Volgens art. 4 mag ieder politieagent, die een in deze wet strafbaar gesteld feit ziet plegen, den schuldige aanhouden, indien hij diens naam en woonplaats niet kent en niet kan vaststellen; aan het politiebureau kan de aangehoudene evenwel tegen een „recognisance“ worden vrijgelaten. De politieagenten zijn voorts bevoegd de kinderen, te wier opzichte de wet overtreden wordt, in bewaring te nemen.

Art. 5 geeft der plaatselijke gerechtelijke autoriteit onder zekere omstandigheden de bevoegdheid een kind te onttrekken aan den persoon, aan wiens zorg het is toevertrouwd, en het te stellen onder de hoede van een door haar aan te wijzen persoon, die alsdan over het kind dezelfde macht verkrijgt

als een ouder. Dit kan geschieden voor een door den rechter te bepalen tijd, doch hoogstens totdat het kind den ouderdom van veertien jaren, als het een jongen is, of zestien jaren, als het een meisje is, heeft bereikt.

Over de opsporing der in de wet genoemde misdrijven handelt art. 6, terwijl de artt. 7 en 8 bepalingen over het bewijs bevatten. Volgens art. 7 kunnen de beklaagde en zijn echtgenoot met hunne toestemming als getuigen gehoord worden; art. 8 regelt de bewijskracht van verklaringen van jeugdige kinderen, niet onder eede gehoord.

Over hooger beroep handelt art. 10, over de kosten van vervolgingen onder deze wet de artt. 11 en 12.

Het recht van ouders, onderwijzers en andere personen, die met de zorg over een kind zijn belast, om het te kastijden, wordt door art. 14 uitdrukkelijk voorbehouden.

The Merchant Shipping Act, 1889, 52/53 Vict., c. 46, brengt eenige wijzigingen in de Merchant Shipping Act van 1854. De belangrijkste bepaling is die van art. 2, waarbij, met intrekking eener in 1880 gemaakte absolute verbodsbepaling, toegelaten wordt, in het contract van aanmonstering te bepalen, dat de schepeling een voorschot op zijne gage zal ontvangen hoogstens tot het bedrag van één maand gage. Elke andere overeenkomst tot het geven van voorschot is nietig en wat uit krachte daarvan is betaald, kan nimmer teruggevorderd noch ook in mindering der gage gebracht worden.

The Official Secrets Act, 1889, 52/53 Vict., c. 52, betreffende de strafbaarstelling van het misdrijf van verspieding en van verbreking van ambtsgeheimen.

The Regulation of Railways Act, 1889, 52/53 Vict., c. 57. Art. 1 dezer wet geeft aan het Ministerie van Handel (Board of Trade) de bevoegdheid aan spoorwegmaatschappijen een der volgende verplichtingen op te leggen: 1°. om het blokstelsel aan te nemen voor die lijnen waarop reizigers vervoerd worden; 2°. om te zorgen voor de verbinding van wissels en signalen; 3°. om aan de passagierstreinen doorloopende remtoestellen aan te brengen, voldoende aan de in het ar-

tikel nader aangegeven vereischten. Ter bestrijding der kosten zal door de Spoorwegmaatschappij onder goedkeuring van het Ministerie eene obligatieleening tegen eene rente van hoogstens 5 °/₀ uitgegeven mogen worden.

Art. 5 verplicht ieder reiziger, op verzoek van een ambtenaar der spoorwegmaatschappij, zijn plaatskaartje te vertoonen en af te geven, of de vracht te betalen van de plaats waar hij de reis aanving, of zijn naam en adres op te geven, een en ander op straffe eener geldboete van hoogstens 40 sh. Ieder spoorwegambtenaar mag den reiziger, die weigert het een of het ander te doen, aanhouden ten einde hem voor den rechter te brengen.

Gelijke geldboete van 40 sh. bedreigt het artikel tegen dengene, die 1°. op een spoorweg mede reist of poogt mede te reizen, zonder de vracht betaald te hebben en met de bedoeling de betaling daarvan te ontgaan, 2°. na over een zekeren afstand de vracht betaald te hebben, opzettelijk verder reist zonder bijbetaling en met de bedoeling die bijbetaling te ontgaan, 3°. geen vracht betaald hebbende, aan den spoorwegambtenaar op diens vraag naar zijn naam en woonplaats een valschen naam of een valsch adres opgeeft. In geval van herhaling kan veroordeeld worden tot een geldboete van hoogstens £ 20, of tot een gevangenisstraf van hoogstens ééne maand. De ontdoken vracht blijft bovendien verschuldigd.

Den spoorwegmaatschappijen wordt nog door artikel 6 de verplichting opgelegd om van af den dag, door het Ministerie van Handel nader te bepalen, de plaatskaartjes aan de voorzijde te voorzien van den vrachtprijs voor de reis waarvoor het kaartje wordt uitgegeven, in leesbare gedrukte of geschreven letters, op straffe van een geldboete van 40 sh. voor elk kaartje in strijd met dit voorschrift uitgegeven.

The Cotton Cloth Factories Act, 1889, 52/53 Vict., c. 62. Onder *Cotton cloth factories* verstaat deze wet iedere kamer, schuur of werkplaats, waarin katoenen stoffen geweven worden.

In het belang der arbeiders geeft de wet bepalingen omtrent den geoorloofden warmtegraad en vochtigheid van de

lucht in deze werkplaatsen. Ter controleering moeten in iedere werkplaats twee stellen van in de wet nader omschreven soorten van thermometers (standardised wet and dry bulb thermometers) aangebracht worden. Voorts bevat de wet voorschriften omtrent te maken inrichtingen tot luchtverversching en tot voorkoming van de inademing van stof, alles onder toezicht der fabrieks-inspecteurs en onder bedreiging van straf in geval van niet opvolging der bevelen des inspecteurs.

The Expiring Laws Continuance Act, 1889, 52/53 Vict., c. 67, de jaarlijksche wet tot verlenging van het leven van tijdelijke wetten. Onder de wetten die thans verlengd worden tot den 31sten December 1890, ontmoeten wij weer de *Employers' Liability Act* van het jaar 1880, de *Corrupt and Illegal Practices Prevention Act* van het jaar 1883 en de *Municipal Elections* (*Corrupt and Illegal Practices*) *Act* van het jaar 1884, voorts de *Shop Hours Regulation Act* van het jaar 1886.

The Merchant Shipping (Pilotage) Act, 1889, 52/53 Vict., c. 68, geeft eenige nadere bepalingen omtrent het loodswezen, het gebruik van loodsen en de betaling van loodsgelden.

De overige, hier niet genoemde, in het afgeloopen jaar uitgevaardigde wetten kwamen ons voor, voor de lezers van het *Rechtsgeleerd Magazijn* van minder belang te zijn.

RECHTSPRAAK.

EEN VIJFTAL BESLISSINGEN IN ZAKE VAN DWALING,

DOOR

Mr. J. F. HOUWING,

Advocaat te Leiden.

„Zersetzen, schneiden, trennen“ — aldus omschreef Jhering de roeping van de techniek der rechtswetenschap [1]). En met reden. Hoe geringer in aantal en hoe scherper omlijnd de enkelvoudige begrippen zijn, waartoe de theorie de voorhanden rechtsstof weet te herleiden, hoe gemakkelijker het der practijk valt de samengestelde verschijnselen van het leven in hunne ware juridieke gedaante te herkennen. Althans, zoo ook deze op hare beurt zich wete vrij te houden van alles, wat naar vaagheid en onbepaaldheid zweemt. Doet zij dit niet; laat ze bij de beoordeeling van het concrete geval de lijnen in elkaar vloeien; verzuimt ze de verkregen begrippen te juister tijd en te juister plaatse aan te wenden, dan zal ook de voortreffelijkste theorie voor de verwezenlijking van het recht onvruchtbaar blijven.

Men werpe eens den blik op het leerstuk der dwaling. Van werking der dwaling kan alleen daar sprake zijn, waar de gewone regelmatige gevolgen eener rechtshandeling door de aanwezigheid van dwaling worden opgeheven of gewijzigd. Is echter het geval, waarbij dwaling plaats heeft, reeds op zich zelf van dien aard, dat de noodzakelijke voorwaarden eener rechtshandeling ontbreken, dan heeft de dwaling geenerlei juridieken invloed, en van de toepassing der tot haar betrekkelijke rechtsbepalingen kan geen sprake zijn. In de

---

1) *Geist des R. R.*, II, bladz. 27, en vooral bladz. 319 vlg.

theorie bestaat over dit een en ander sedert de dagen van Savigny geen strijd meer, en dankbaar huldigt men er het genie van den grooten man, voor wat hij tot vereenvoudiging van een der ingewikkeldste leerstukken heeft bijgedragen. Of echter de practijk met die vereenvoudiging haar voordeel heeft gedaan? Een paar beslissingen der jurisprudentie mogen op deze vraag het antwoord geven.

Iemand in Duitschland kocht een loterijbriefje in de, ook door den verkooper gedeelde veronderstelling, dat dit nummer nog niet was uitgeloot. Achteraf echter bleek, dat op den dag der overeenkomst reeds een prijs op het nummer was gevallen; een proces was het gevolg, en de zaak werd ten slotte aan het oordeel van het Reichsgericht onderworpen.

Welk was het karakter dezer overeenkomst? Terecht stelt het arrest [1]): „Parteien haben über die Hoffnung eines künftigen, noch ungewissen Vorteiles pazisziert; diese Hoffnung war Gegenstand des Vertrages: sie wollte der Beklagte dem Kläger übertragen, und lediglich die Hoffnung wollte der Kläger erwerben". Alzoo eene *emptio venditio spei*.

„Wenn nun aber das Los schon vor dem Vertragsschlusse mit einem Gewinne gezogen war", — zoo wordt verder in het arrest opgemerkt, — „so bestand zur Zeit der Vereinbarung die blosse Hoffnung auf einen künftigen, noch ungewissen Vorteil nicht mehr, vielmehr hatte der Beklagte als Inhaber des Losantheiles das Recht auf einen gewissen Vorteil bereits erworben."

Men ziet: de praemissen laten aan juistheid en volledigheid niets te wenschen over. Des te zekerder, zoo mag men meenen, zal thans de conclusie uitvallen. Verkocht was een kans, waar geen kans bleek te zijn geweest, ergo de overeenkomst mist haar object. En daar een overeenkomst zonder object niet bestaanbaar is, zoo is hier tusschen partijen niets verricht. Althans zoo leert het Paulus [2]): „Quum hereditatem

---

[1]) Urteil des R. G. 5 Jan. 1882, *Entsch.*, deel VI, bladz. 290.
[2]) L. 7 Dig. XVIII, 4. Vgl. l. 15 pr. Dig. XVIII, 1.

aliquis vendidit, *esse* debet hereditas, ut sit emtio ....“

Wie echter in het arrest deze gevolgtrekking verwacht had, rekende buiten de dwaling en hare aanstekelijkheid. Immers het arrest concludeert: „haben Parteien dessenungeachtet in der Meinung dass jene Hoffnung noch bestehe, und in der Voraussetzung dass das Gegentheil ausgeschlossen sei, ausdrücklich über den künftigen noch ungewissen Vorteil kontrahiert, so haben sie sich hinsichtlich des Vertrags in einem Irrthum befunden“.

Volkomen juist, maar — quid ad edictum? Of zoude dan het Gerechtshof inderdaad, zoo partijen willens en wetens over eene niet bestaande zaak gecontracteerd hadden, die overeenkomst als geldig willen beschouwen? En zoo niet, waartoe dan deze geheele conclusie, en waartoe met name haar slot: „so haben sie sich hinsichtlich des Vertragsgegenstandes in einem Irrthum befunden, und *des*halb unterliegt der Vertrag nach der oben allegierten Gesetzesvorschrift der Aufhebung“ [1])?

Iter longum per praeceptionem, breve per exempla: voor de geldigheid eener schenking vordert art. 1719 B. W. eene

---

[1]) Zie over dit arrest: Werthauer, *Ueber den Einfluss des Irrthums auf Verträge* (Breslau, 1887), bladz. 61; en over de zaak in het algemeen: Richelmann, *Der Einflusz des Irrthums auf Verträge*, (Hannover, 1837) bladz. 73 vlg.; Savigny, *System*, III, bladz. 284; Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, bladz. 385 vlg.; bladz. 581 n[t]. 575. Genoemde schrijvers beroepen zich, tot toelichting van het verkeerde der in den tekst gewraakte beschouwing, vooral op de beslissingen van Paulus in l. 57 Dig. XVIII, 1, en van Papinianus in l. 58 eod. Volgens Bechmann (*Der Kauf nach gemeinem Recht*, II, bladz. 454 vlg.) ten onrechte. Wij meenen met Bechmann: „Weder „das Haus“ noch die „Oelpflanzung“ sind jemals selbständige Kaufobjecte, denen nur unter Umständen der fundus als Accession beigegeben wird“ (t. a. p., bladz. 457 n°. 2). De geleerde schrijver denkt hier, o. i. terecht, aan eene stilzwijgende voorwaarde. Van hetzelfde standpunt was l. 58 cit. reeds vóór hem verklaard door Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, (1884), II, bladz. 464, tegenover Windscheid, *Pand.* I, § 76 nt. 9 (5e Aufl.), die in het niet-bestaan der boomen een eigenschap van het fundus ziet.

notariëele akte. Gesteld nu eens, twee personen gaan, met dit voorschrift onbekend, eene onderhandsche schenking aan. Zoude het nu ooit een rechter in den zin komen om te beslissen: partijen verkeerden over een der essentiëele vereischten hunner overeenkomst in dwaling, en daarom moet het contract worden vernietigd? Of zoude hij niet veeleer uitmaken, dat dergelijk contract als missende een der voorwaarden, waaraan het voldoen moet, rechtens als niet bestaand moet beschouwd worden?

Welnu, de ratio decidendi is in dit voorbeeld en het straks behandelde volmaakt dezelfde. Daar gemis aan voorwerp, hier gemis aan den vereischten vorm; hier zoowel als daar gemis aan een der essentiëele bestanddeelen. Daarnevens in beide gevallen eene dwaling, maar eene dwaling, die voor de juridieke beoordeeling der quaestie niets ter zake doet. Haar eenige beteekenis is dat zij verklaarbaar maakt, hoe twee menschen een contract kunnen sluiten over zaken, die niet bestaan, of met verwaarloozing der door de wet geboden vormen.

En toch, hoe eenvoudig dit alles schijnen moge, het is er ver van af, dat het algemeen voor oogen wordt gehouden. Een geheel analoog geval — verkoop van een premielot, dat zonder dat de kooper het wist, reeds uitgeloot was — werd, met instemming nog wel van J. Kohler [1]), door de rechtbank van de Seine vernietigd wegens *erreur sur la substance* [2]). En het O. L. G. te Dresden verklaarde, wegens „oneigenlijke" dwaling, nietig de overdracht eener niet bestaande schuldvordering, die ten onrechte als bestaand werd aangenomen [3]). Het zoude tot herhalingen leiden, zoo wij bij deze beslissingen uitvoerig stilstonden; werpen wij daarom liever een blik op de volgende ingewikkelde quaestie, welke ten onzent onlangs in drie instanties is beslist geworden.

---

[1]) *Jahrb. für Dogm.*, dl. XXVIII, 1889, bladz. 257 n[t]. 1.

[2]) Bij vonnis van 17 Aug. 1865 (Sirey, *Recueil*, 1865, II, 53).

[3]) Arrest van 15 Nov. 1883, vermeld bij Werthauer, t. a. p., bladz. 61.

Iemand meende eigenaar te zijn van eenige perceelen onroerende goederen, waarop eene schuldplichtigheid zoude kleven ten behoeve der gemeente Kampen. In die veronderstelling, waarin ook door de gemeente werd gedeeld, sloot hij met deze een overeenkomst, waarbij bedoelde schuldplichtigheid voor het twintigvoud werd afgekocht. Doch wat bleek nu? Dat de goederen niet aan hem, maar aan Kampen in eigendom toebehoorden; dat de verschuldigde recognitie dus niet was eene zakelijke schuldplichtigheid, door hem als eigenaar aan Kampen als rechthebbende te betalen, maar eene persoonlijke verplichting, die door hem als erfpachter aan Kampen als eigenaresse moest worden gekweten.

De gemeente Kampen vroeg nu vernietiging dezer overeenkomst, op grond van dwaling in de zelfstandigheid der zaak, doch werd door de rechtbank te Zwolle in het ongelijk gesteld, omdat bij eene onlichamelijke zaak van zelfstandigheid geen sprake kan zijn [1]). Het Hof te Arnhem echter achtte art. 1358 wel degelijk van toepassing, vernietigde het vonnis der rechtbank, en wees aan Kampen hare vordering toe [2]). s'Hofs beslissing werd door den Hoogen Raad bij arrest van 10 April 1885 bevestigd [3]), en de handeling bleef derhalve op grond van dwaling vernietigd.

Naar onze bescheiden meening ten onrechte. Wel was hier dwaling bij partijen. Maar geene dwaling over hetgeen voorwerp der overeenkomst zijn zoude [4]). Daaromtrent bestond bij beide de meest stellige zekerheid: het was de afkoop eener bepaalde grondrente. Trouwens, hoe zoude men een canon kunnen afkoopen?

De dwaling bestond alleen hierin, dat men meende, dat eene zakelijke schuldplichtigheid bestond, waar geene zakelijke schuldplichtigheid was. En het was natuurlijk, dat men dat

[1]) *W.* 5035.

[2]) Bij arrest van 19 Maart 1884.

[3]) *W.* 5158.

[4]) Dit zoude het geval zijn, zoo men zich bv. in het bedrag der grondrente had vergist.

meende. Hoe zoude men er anders toe gekomen zijn eene overeenkomst te sluiten, die geheel nutteloos en doelloos was?

Maar gesteld eens, partijen waren inderdaad zoo dwaas geweest, en hadden, wetende, dat er geen grondrecht, maar een erfpacht bestond, toch een overeenkomst tot afkoop van grondrente gesloten. Was dan de handeling bestaanbaar? Of zoude men redeneeren: het recht, dat afgekocht is, bestaat niet, en het recht, dat bestaat, is niet afgekocht, ergo, nihil actum? [1]).

Welnu, wanneer men aldus zonder de dwaling tot hetzelfde resultaat komt, als met de dwaling, blijkt dan niet zonneklaar, dat de ratio decidendi buiten de dwaling omgaat?

Nog duidelijker springt dit in het oog, wanneer men zich de zaak zoo denkt, dat de gewaande grondrente reeds vroeger door afkoop of anderszins was te niet gegaan. Ook dan ware de overeenkomst nietig geweest wegens gebrek aan object, en de dwaling kon alleen dienen om hare afsluiting te verklaren. Voor het punt nu, waar het op aankomt, zijn beide gevallen volmaakt analoog. Want, of men aanneemt dat er een grondrente bestaat, terwijl er niets is, dan wel, of men aanneemt, dat er een grondrente bestaat, terwijl er iets anders is: zooveel staat vast, dat er geen grondrente is, zoodat, wie er over contracteert, overtollige moeite doet [2]).

---

[1]) Dat zoo inderdaad bij dergelijke gevallen geredeneerd moet worden, wordt uitnemend aangetoond door Mr. C. P. Zaayer op bladz. 129 vlg. van zijn proefschrift: *Dading naar Nederlandsch Recht* (Leiden, 1889). Mr. Zaayer bestrijdt hier Prof. Diephuis, die (*B. W.* VIII, §§ 1085 en 1086) meent, dat voor eene dading in deze omstandigheden art. 1896 al. 1 is geschreven. Jammer, dat hij ten slotte zijn eigen stelsel weer afbreekt, door hier eene geheel bizondere werking der dwaling aan te nemen, wat geheel overtollig is niet alleen, maar ook onlogisch en psychologisch onmogelijk.

[2]) Van hetzelfde standpunt beoordeelt men de bekende l. 35 Dig. XLI, 1 (Ulpianus): „si procurator meus, vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab iis dominium et nulla est alienatio, *quia* nemo errans rem suam amittit" (Vergelijk het eerste gedeelte der l. 49 Dig. XVII, 1). Vandaar, dat men Ulpianus' motiveering verwerpt, maar zijne beslissing billijkt; immers, zoo redeneert

Wij achten het geen gering voordeel, ons hierbij te mogen beroepen op het oordeel van een onzer scherpzinnigste practici. Het was niemand minder dan Mr. Vlielander Hein, die in cassatie aanvoerde dat „art. 1358 verkeerd was toegepast, daar immers vaststaande, volgens het arrest, dat in casu onderwerp der overeenkomst was de afkoop der onderstelde recognitie of cijns, partijen zich omtrent het wezen van dat verhandelde recht hoegenaamd niet vergisten; integendeel dat wezen en karakter uitstekend toonden te begrijpen, zoodat van een error in substantie geen sprake kan zijn, en de vraag, of de aangegane overeenkomst wellicht had kunnen aangevallen worden wegens gemis aan causa of van een wettelijk bestaand onderwerp [1]), niet aan de orde is, daar zulk een actie niet is ingesteld".

Zitelmann (t. a. p., bladz. 535): „das Eigentum, welches der Tradent zu übertragen beabsichtigt, existirt nicht, und dasjenige, welches existirt, hat er nicht zu übertragen beabsichtigt." In denzelfden geest o. a. Exner (*Rechtserwerb durch Tradition*, bladz. 281—284) en Windscheid (*Pand.*, I § 172 n. 2, 5e uitg.).

Deze oplossing bevredigt zeker beter dan die van Ulpianus de eischen van ons logisch verstand, maar ook die van ons rechtsgevoel? Men neme eens de geestige illustratie van Jhering (*Rechtsfälle*, no. 14) op deze plaats. Bij eene openbare veiling van oude kleeren trekt de afslager wegens de warmte zijn jas uit. Het kleedingstuk geraakt tusschen de andere, en wordt door den eigenaar ongemerkt mede verkocht. Is deze vervreemding nietig? Wij zouden, alvorens te beslissen, gaarne meer van de zaak willen weten. In ieder geval betwijfelen wij, of de van Ulpianus afwijkende beslissing, door Marcellus in de bekende (beruchte?) l. 49 Dig. XVII, 1 (tweede gedeelte) gegeven, voor ons eene anomalie zoude zijn, nu de onmiddellijke vertegenwoordiging, waarmede zij naar Jhering's scherpzinnige interpretatie (*Jahrb. f. Dogm.*, II (1859), bladz. 49 vlg.) samenhangt, bij ons van regel uitzondering is geworden. Zie Leonhard, t. a. p., II, bladz. 477 vlg.

[1]) De hier plaatsgrijpende verwisseling van oorzaak en voorwerp is veelvuldig en verklaarbaar. Zie Opzoomer, *B. W.*, VI, bladz. 141; Laurent, *Principes*, XVI, bladz. 149; Naber, *Handelingen Ned. Jur. Vereeniging*, 1889, I, bladz. 22. Zoo besliste het Fransche Hof van Cassatie, dat het contract over eene niet bestaande uitvinding „se trouve sans cause par la non-existence de la chose cédée"! (Dalloz, voce *Brevet d'invention*, no. 214).

Hoe wordt deze bewering door den Hoogen Raad weerlegd? Met de overweging, „dat zij was in strijd met den inhoud van het aangevallen arrest, omdat, volgens dat arrest, een jaarlijksche praestatie het onderwerp der partijen was, welke praestatie beide partijen hielden voor een uitgang ten behoeve van Kampen uit de goederen van den geïntimeerde, terwijl die goederen in werkelijkheid waren het eigendom der gemeente, en door den geïntimeerde in erfpacht tegen een jaarlijksche canon of pacht werden gebruikt".

Dat zoo inderdaad de inhoud van het aangevallen arrest was, zal niemand betwisten. Waarschijnlijk heeft de Hooge Raad zich hierdoor, als eene feitelijke beslissing, gebonden geacht. Anders zoude het de vraag geweest zijn, of het hoogste rechtscollege zich bij de opvatting van den Hove had mogen neerleggen.

Wat toch was geschied?

Partijen hadden, blijkens de stukken, bedoeld en verklaard te contracteeren over een cijns ten laste van bepaalde den gedaagde in eigendom toebehoorende goederen ten behoeve van Kampen.

En wat doet nu het Hof?

Het maakt van deze overeenkomst over een bepaald gespecialiseerde praestatie een contract over een praestatie in het algemeen.

Was het daartoe gerechtigd? „Qui quinque in arca habebat, ita legavit vel stipulanti promisit: „decem, quae in arca habeo": et legatum et stipulatio valebit, *ita tamen ut sola quinque vel ex stipulatione vel ex testamento debeantur.* Ut vero quinque, quae deerunt, ex testamento peti possint, *vix ratio patitur*, nam quodammodo *certum corpus*, *quod in rerum natura non sit*, legatum videtur" — aldus Africanus[1]); en wij gelooven niet, dat iemand zijne beslissing zal wraken. Maar evenmin als men recht heeft, om een legaat van een bepaald aangeduide geldrol om te duiden in

[1]) L. 108 § 10 Dig. XXX.

een legaat van een willekeurige som van gelijk bedrag, evenmin mag men eene overeenkomst over een volledig, door opgave van al hare kenmerkende eigenschappen, geïndividualiseerde praestatie beschouwen als een contract over eene praestatie van een geldsom zonder meer.

Dit nu deed het Hof. En waarom? Klaarblijkelijk alleen om tot eene door dwaling vernietigbare overeenkomst te kunnen geraken.

Nu zegge men niet, dat het hier geldt oud lood om oud ijzer, daar de quaestie practisch tamelijk wel op hetzelfde neerkomt. Ook al ware het zoo, ook al gold het een zuiver theoretisch belang, dan zoude nog de jurist gedachtig behooren te zijn aan Mr. Levy's veelzeggende waarschuwing [1]), dat hij voor alles jurist moet zijn. Maar het is niet zoo. Bij de oplossing van een juridisch vraagstuk, niet minder dan bij die van een mathematisch, kan een korreltje van onnauwkeurigheid tot eene lawine van onjuistheden aangroeien. Het zij ons vergund, dit nader te doen uitkomen aan de hand van een arrest, door het voormalig provinciaal gerechtshof te Groningen in de volgende zaak gewezen.

In het jaar 1858 werd publiek verkocht de helft van het pak- en volkschuitenveer van Oude-Pekela en Nieuwe-Pekela op Groningen, met de helft in de daartoe behoorende schuit en wagen en verder toebehooren: alles te zamen voor de som van 6050 gl. Dat veer was ingesteld en geregeld bij eene verordening der betrokken gemeenten van het jaar 1829. Op de overtreding dezer verordening waren in enkele harer artikelen straffen gesteld: zij viel derhalve onder het bereik van art. 291 der Gemeentewet, en moest, op straffe van verval, binnen vijf jaren na dagteekening dezer wet met hare bepalingen in overeenstemming worden gebracht. Dit werd verzuimd; in Juli 1856 — alzoo twee jaren vóór den verkoop — kwam het reglement te vervallen, en met het reglement het daarbij ingestelde en geregelde veer. De verkooper

[1]) In diens doorwrocht en keurig opstel over Savigny (*N.B.*, 1880).

kon nu niet leveren wat hij beloofd had: van daar een proces.

Een zeer eenvoudig proces zou men zeggen. „Mijn schip, dat jaren geleden vergaan is, kan ik u niet verkoopen, want het is niet" — zoo luidt het, kort en puntig als altijd, bij Opzoomer[1]). Welnu, een veer, dat vervallen is, verkeert in dezelfde conditie als een schip, dat vergaan is. Alzoo ook hier wederom geen voorwerp, en dus geen overeenkomst, en dus geen levering en betaling.

De kooper echter dacht er anders over: hij beschouwde den koop als bestaande, en vroeg zijne vernietiging op grond van dwaling in de zelfstandigheid der verkochte zaak. De rechtbank van Winschoten ging op dezen eisch in, en het Hof te Groningen bevestigde hare uitspraak[2]), overwegende o. a. „dat de geïntimeerden als koopers blijkens den hoogen prijs gemeend hebben, dat de verkoopers eigenaars waren van het voormeld recht van veer, en dat zoodanig recht op hen werd overgedragen, terwijl het echter niet bestond; dat zij dus hebben gedwaald in de zelfstandigheid der zaak, die het voorwerp der overeenkomst heeft uitgemaakt, doordien nu blijkt, dat ontbreekt een deel van het gekochte, namelijk een recht, hetwelk het voorwerp van eigendom had kunnen zijn, en mitsdien eene zaak volgens art. 555 B. W." [3]).

Een model van juridiek betoog is, meenen wij, deze overweging allerminst. Trouwens, hoe kon dit anders, indien men over het hoofd zag, dat een beroep op dwaling hier geheel misplaatst was? Wat zou men doen? Aannemen, dat ook het niet-bestaan eener zaak als hare zelfstandigheid kon worden aangemerkt? Het Hof gevoelde klaarblijkelijk, dat dit niet wel aanging, en daarom werd de zaak over een anderen boeg gewend.

Verkocht was, blijkens de feitelijke overwegingen zelve, het schuitenveer met alle daaraan verknochte rechten en gerechtigheden. Tot de laatste behoorden ook een schuit en

---

[1]) *B. W.*, VI, bladz. 128.
[2]) Onder instemming van Prof. Diephuis (*Systeem*, II, bladz. 71).
[3]) *N. R. B.*, XIV, bladz. 455 vlg.

een wagen. De aanhoorigheden, de schuit en de wagen, waren er; maar de hoofdzaak, het veer, was er niet.

En wat doet nu het Hof?

Het keert de feitelijke en juridieke toedracht der zaak finaal onderst boven, en beschouwt het bestaan van het veer als de zelfstandigheid van de schuit. Is het niet precies, alsof men den koop van een paard met halster, wanneer het paard bleek dood te zijn, ging vernietigen, op grond dat nu aan den halster de zelfstandigheid ontbrak?

Evenwel, men behoeft om dit alles het Hof nog niet al te hard te vallen. Er is bij de dwaling wel meer gedwaald, en zelfs een Ulpianus sprak over den *error in substantia* in raadselen, wier ontcijfering nog heden ten dage een open quaestie is [1]).

Doch, wat zij in de leer der dwaling voor onvolledigs hebben nagelaten, voor één ding bleven Ulpianus en zijne tijdgenooten door hun bijna nimmer falend juridisch instinct gevrijwaard. Nooit zouden zij, door eene onderloopende dwaling van de wijs gebracht, hunne leer omtrent de valsche voorstelling ook daar gaan toepassen, waar die toepassing tot practisch verschillende resultaten moest leiden. Een *error in substantia* bijv. deed aan de geldigheid eener stipulatie geen afbreuk. „Si id, quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus", leert Paulus [2]). Maar geldt nu hetzelfde van een stipulatie over een door partijen ten onrechte als bestaand aangenomen voorwerp? Hooren wij Gajus: „Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, palam est, naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel aedes deustas esse [3])".

---

[1]) L. 9 Dig. XVIII, 1.
[2]) L. 1 § 9 Dig. XLIV, 7. Zie ook § 1 I. III, 19.
[3]) L. 22 Dig. XLV, 1.

In dit opzicht nu ware het te wenschen geweest, dat het Hof met het voorbeeld der Romeinsche juristen zijn voordeel hadde gedaan. Want ook naar ons recht bestaat er een gewichtig verschil tusschen eene overeenkomst, die haar voorwerp mist, en eene overeenkomst, omtrent welker voorwerp men zich eene verkeerde voorstelling heeft gevormd. De eerste is nietig; de tweede is vernietigbaar. Nu mag de wetenschap over deze onderscheiding verschillend oordeelen [1], voor den rechter is het voldoende, dat de wet ze heeft opgenomen, en er een verschil in behandeling aan heeft verbonden, dat hij niet mag verwaarloozen door, gelijk het Hof, bij de diagnose de lijnen in elkaar te laten vloeien.

Immers, gesteld eens, de kooper ware tot betaling van het veer aangesproken geworden; was hij niet bevoegd, ze te weigeren met een bloot beroep op het niet-bestaan der overeenkomst, welker bestaan, in dat geval, de eischer zoude hebben te bewijzen? Of zoude men, naar art. 1490 B. W., den ander willen noodzaken zich van eene exceptie te bedienen, om, langs dezen weg, op zijne schouders den bewijslast te schuiven? Toch is dit de consequentie van 's Hof's constructie.

En zoo de kooper eens vrijwillig betaald had? Dan was hij toch gerechtigd de kooppenningen als onverschuldigd terug te vorderen. En dit gedurende den gewonen termijn, voor de verjaring van alle rechtsvorderingen vastgesteld? Naar de theorie van het Hof echter zou er voor hem geen mogelijkheid bestaan zijn geld terug te krijgen, zoolang hij niet eerst overeenkomstig art. 1490, binnen den termijn in dat artikel gesteld, de handeling had doen vernietigen.

Maar bovendien: indien werkelijk de ratio decidendi was, gelijk het Hof ze zich voorstelde: indien inderdaad de aard van het verkochte voorwerp een geheel andere was, dan de kooper gemeend had, zoodat het contract aan een gebrek

---

[1]) De tegenstelling vormt in den laatsten tijd een punt van levendig debat. Zie Leonhard, t. a. p. II, blz. 294 vlg; Mitteis, *Jahrb. f. Dogm.*, XXVIII (1889), bladz. 85 vlg. en de daar aangehaalden.

leed, dat tot zijne vernietiging leiden kon, dan bestond immers ook de mogelijkheid — naar art. 1492 B. W. — om door uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging de overeenkomst van het haar aanklevende gebrek te zuiveren. Kan hiervan nu ooit sprake zijn bij den verkoop van een veer, dat niet bestaat?

En eindelijk: het Hof vernietigde den koop, en veroordeelde den verkooper tot teruggave der ontvangen gelden, benevens vergoeding van kosten, schaden en interesten. Volkomen terecht alweer, nu het eenmaal uitging van eene door dwaling gebrekkige toestemming (artt. 1488 en 1489 B. W.). Maar eischte dit inderdaad de ware toedracht der zaak, in het licht onzer wet (art. 1356) beschouwd? Kon hier de rechterlijke beslissing wel eenig ander karakter hebben, dan het constateeren eener, ook onafhankelijk van haar bestaande, nietigheid? Kon de rechter iets meer, dan verklaren, dat partijen, hoewel zij zich aan elkaar verbonden waanden, rechtens niets met elkaar hadden uit te staan, zoodat dan ook van vergoeding van kosten, schaden en interessen geen sprake kon zijn?

Wellicht, dat men in deze laatste omstandigheid de verklaring moet zoeken van 's Hof's gedragslijn. Het is de oude geschiedenis, „die practische Trostlosigkeit der herrschenden Lehre", die bij het — om welke reden dan ook — niet rechtens tot stand komen der overeenkomst, partijen met de gebakken peren laat zitten.

Men denke zich eens in het geval in. Mogelijk heeft onze kooper, toen dit veer werd aangeboden, de onderhandelingen over een ander afgebroken, wat hem, wegens het stadium, waarin zij reeds gekomen waren, wellicht niet zonder financiëele opofferingen gelukt is. Of, zoo men deze veronderstelling gezocht acht, ligt het niet voor de hand, dat hij maatregelen genomen heeft tot inrichting van een en ander, wat hem in zijn belang en dat van het publiek nuttig toescheen? In elk geval is het honderd om één, dat advertentiekosten zijn gemaakt, om de verandering der on-

derneming en wat daarmede samenhangt ter algemeene kennis te brengen.

Wie betaalt nu dit alles?

Verklaart de rechter, zooals hij moet, de handeling wegens gebrek aan object nietig, dan wordt onze kooper de dupe, want eene nietige overeenkomst — althans zoo is de leer — is een lichaam zonder ziel; eene handeling, die feitelijk moge zijn tot stand gekomen, maar die voor het recht niet bestaat, en als niet geschied wordt beschouwd.

Let de rechter, zooals hij niet moet, op de dwaling, dan zal hij de overeenkomst vernietigen, en onze kooper is gered; want art. 1489 geeft bij dergelijke vernietiging aanspraak op vergoeding van kosten, schaden en interessen aan hem, die ze vraagt.

Is het nu zoo'n wonder, dat hij den laatsten weg inslaat, overtuigd als hij zijn mag, aan de billijkheid te vergoeden, wat hij aan de wet en de juridische techniek te kort doet?

Evenwel — dergelijke overwegingen mogen de beslissing van het Hof verklaren, rechtvaardigen kunnen zij haar niet.

Allerminst voor het jus constitutum, omdat het den rechter nu eenmaal niet vrijstaat de wet, wier toepassing hem bevolen, en wier beoordeeling hem verboden is, door eene averechtsche constructie nog wel, ter zijde te stellen.

Maar even weinig voor het jus constituendum. Eene bepaling als die van art. 1489 is te zeer met alle rechtsbeginselen in strijd, dan dat men er ooit eene redelijke beslissing op zoude kunnen baseeren. Men kan van meening zijn, dat een zeker medelijden met hem, die de dupe werd van menschelijke kortzichtigheid, ook voor het recht gepast en betamelijk is [1]). Zoo betamelijk zelfs, dat men over de belangen der andere partij wil heenstappen, ten einde hem,

---

[1]) Dit gevoelen is in den jongsten tijd met aandrang voorgestaan door Unger, *Zeitschr. f. d. priv. und öffentl. Recht*, XV (1888), bladz. 673 vlg.; Moltzer, *Handelingen Ned. Juristenvereeniging* 1889, I, bladz. 159 vlg., en, niet met het minste talent, door Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1888, blz. 76 vlg.

die dwaalde, gelegenheid te geven, zich aan de rechtsgevolgen, welke hij zich door zijne valsche voorstelling op den hals haalde, te onttrekken. Maar dit is dan toch zeker de uiterste concessie, die men doen kan. Verder te gaan, en aan de dwaling van den een de verplichting te ontleenen tot schadeloosstelling door den ander, die aan die dwaling part noch deel heeft, ware niet alleen onbillijk, het ware, zooals prof. Diephuis terecht zegt [1]), „eene schreeuwende onrechtvaardigheid". En toch — zoo doet art. 1489.

Nu zegge men niet, dat dit alles alleen waar is voor de vernietigbare handeling. Bij gevallen als de onze geldt volmaakt hetzelfde: hier zoomin als daar kan mijne dwaling eene reden zijn, om U tot schadeloosstelling te verplichten.

Waarom men dit hier misschien eerder over het hoofd ziet? Omdat hier zonder dwaling van schadeloosstelling geen sprake kan zijn. Vandaar, dat de Romeinsche juristen, wat aan hunne bespreking dezer gevallen ook voor onvolledigs moge kleven, nooit verzuimen van het *ignorare* des koopers gewag te maken [2]). En terecht. Waar niet gedwaald werd, waar men willens en wetens over een niet bestaand voorwerp heeft gecontracteerd, daar is het onmogelijk schade te lijden, zoo men althans geen dwaasheden doet. En doet men die, dan heeft men ze zich zelven te wijten.

Maar, al is er zonder dwaling geen reden tot schadeloosstelling, daaruit volgt nog niet, dat de verplichting tot schadeloosstelling uit de dwaling voortkomt. Men denke zich eens het geval, dat iemand een schip verkoopt, dat vergaan was, zonder dat deze ramp den verkooper, wij zeggen niet bekend was, maar bekend kon zijn. Wil men hier den dwalenden kooper verhaal geven op den verkooper voor de kosten, die hij in het vertrouwen op de geldigheid dezer overeenkomst gemaakt heeft? Wij meenen, dat de billijkheid er zich tegen verzet en de goede trouw het niet eischt.

---

[1]) *Systeem*, II, bladz. 71.
[2]) l. 21 pr. Dig. XIX, 1.

Wel eischt de goede trouw, dat de kooper zich, wat het bestaan der verkochte zaak betreft, op den verkooper kunne verlaten. Immers deze kent de zaak; hij kan ze althans kennen, en behoort ze dus te kennen: voor den kooper geldt niets van dit alles. Maar dit een en ander houdt op, zoo de kooper weten kon en weten moest, dat de ander met den besten wil ter wereld niet beter ingelicht kon zijn. Bouwt hij dan nog op de onvoorwaardelijke geldigheid der overeenkomst, dan geeft hij zich over aan het blinde toeval, zoodat hij ook daaraan, en niet aan zijn medecontractant, de te beloopen schade zal hebben te wijten. Ze in dit geval op den verkooper te verhalen ware onbillijk niet alleen, maar ook onlogisch, zoolang men hem althans bij toevalligen ondergang *na* de overeenkomst van alle verplichting ontslaat.

Alzoo, niet omdat de kooper dwaalde, behoort de verkooper eener niet-bestaande zaak aansprakelijk te zijn, maar omdat, en voorzoover de billijkheid en de goede trouw het eischen.

Voor wien dit toegeeft, is wellicht in onze wet een betere steun voor die aansprakelijkheid te vinden, dan art. 1489 kan opleveren. Wij denken aan de artt. 1374 en 1375, die alle overeenkomsten doen verbinden tot wat de goede trouw en de billijkheid medebrengen. Dit gevolg toch kan de overeenkomst hebben, zoodra zij, wat hare subjectieve zijde betreft, is afgesloten: met de objectieve vereischten als zoodanig heeft het niets uitstaande. En subjectief is, in gevallen als de onze, de overeenkomst volkomen geldig tot stand gekomen [1]). Door gemis aan object echter kan zij hare gewone werking niet hebben; „impossibilium nulla est obligatio". Maar dit verhindert, meenen wij, niet, dat zij andere gevolgen hebben kan, en, gelijk hier, naar recht en billijkheid ook hebben moet.

Men mag echter deze oplossing [2]) ook verwerpen, en aan

---

[1]) De Romeinsche juristen geven dan ook steeds de actie uit het contract. L. 21 pr. Dig. XIX, 1; l. 8 Dig. XVIII, 1.

[2]) Zij is voor het eerst aanbevolen door Bechmann, t. a. p., bladz. 429 vlg., onder instemming van Eisele, *Jahrb. f. Dogm.*, XXV (1887),

eene andere de voorkeur geven. Mits men zich maar niet late verleiden, de quaestie uit het oogpunt der dwaling te hanteeren. Want het dwalingsprobleem is waarlijk reeds te ingewikkeld, dan dat men het nog zoude bezwaren met gevallen, op welker juridieke beoordeeling tal van andere leerstukken wèl, maar juist dat der dwaling geen invloed heeft.

---

bladz. 461. Windscheid, *Pand.*, II, § 315 nt. 7 juncto § 307 nt. 5, 5e Uitg., neemt een stilzwijgend nevenbeding aan tot garantie van het bestaan van het object, doch ziet over het hoofd, dat bij ongeldigheid van het contract ook de nevenbedingen ongeldig zijn. Jhering (*Jahrb. f. Dogm.*, IV (1861), bladz. 23 vlg.) wil helpen met de *culpa in contrahendo*. Jhering zelf, t. a. p., bladz. 36, 68; *Schuldmoment*, 39 nt. 73, moet echter erkennen, dat hij schuld noemt wat eigenlijk geen schuld is; hiermede staat hij feitelijk aan onze zijde. En niet zonder reden. Terecht toch schrijft Bekker, *Pand.*, II § 92, Beil. I C. b. (1889): „Dass nur die Schuld, nicht schon das blosse Veranlassthaben verpflichten könne, ist so wenig altdeutsch wie römisch,..... es ist das Produkt einer Doktrin, die das misverständlich aus den Quellen herausgelesene für naturrechtliche Warheit auszugeben sich gewönt hatte". Men zie ook Moltzer, *Door het recht tot den regel*, bladz. 8 vlg.; Eisele, t. a. p., bladz. 448.

DE TAAL ONZER VONNISSEN,

DOOR

Mr. H. L. DRUCKER.

De uiterlijke vorm en inrichting onzer rechterlijke uitspraken zouden eene opzettelijke studie alleszins verdienen. Nog onlangs schreef Prof. van Boneval Faure in dit tijdschrift (*Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 595): „de taal en stijl en de geheele samenstelling van de vonnissen onzer gerechten komen mij voor veel te wenschen over te laten". Vooral de „overdreven, ja zelfs onwettige lengte der vonnissen" werd door mijn hooggeachten ambtgenoot bij deze gelegenheid, gelijk reeds vroeger meer uitvoerig (*Rechtsg. Mag.*, 6, 1887, bl. 182 vlg.), aan eene scherpe, maar gegronde critiek onderworpen.

Een ander gewichtig punt is de taal, waarvan onze vonnissen zich bedienen. „Het zou er treurig uitzien met ons nationaal karakter", zoo merkte in 1875 *de Juridische Spectator* op (II, bl. 18), „als we dit, met toepassing der spreuk: de taal is gansch het volk, aan de taal onzer vonnissen moesten toetsen". Menigmaal trof de *Spectator* in die dagen „uitspraken aan met ellenlange zinnen en tusschenzinnen, zonder voorafgaande taalkundige analyse onbegrijpelijk". Voor een deel schreef hij het kwaad toe aan „den eens voor alle vonnissen aangenomen vorm". En inderdaad, ook nu nog vindt men telkens rechterlijke uitspraken, die de meening van Bähr [1]) logenstraffen, volgens wien de bij ons gebruikelijke

---

[1]) **Bähr**, ***Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen***, **1883, Vorrede, bl. VI.**

vorm [1]) „so steif und unbeholfen sie auch ist, doch das Gute hat, dass sie in sich selbst eine gewisse Nötigung zur Kürze trägt". Als een tweede oorzaak noemde de *Spectator* het gebruik van „rechtstermen" en „stadhuiswoorden". Men moge beweren, dat dit gebruik sinds dien tijd is verminderd, verdwenen is het niet. Vooral de Latijnsche en zoogenaamd Latijnsche woorden en spreuken blijven in de mode. In onzen jaargang 1884, bl. 634 en 635 deelde ik eenige staaltjes daarvan mede. Sedert ging ik voort, van tijd tot tijd, dergelijke uitdrukkingen in de vonnissen te noteeren, en geef thans opnieuw eene kleine bloemlezing. Alleen door voorbeelden kan blijken, hoe algemeen het misbruik is verspreid. Ten overvloede worde aangestipt, dat de *inhoud* der aangehaalde vonnissen hier geheel buiten bespreking blijft, dat uitsluitend critiek der woordenkeus wordt bedoeld. Kortheidshalve wordt alleen het nummer van het *Weekblad van het Recht* (*W*) of *Paleis van Justitie* [2]) (*P*), waarin elke uitspraak voorkomt, en niet hare dagteekening, vermeld.

Het zuiverste Hollandsch treft men nog aan in de arresten van den Hoogen Raad. Toch spreekt ook ons hoogste rechtscollege van *negotiorum gestio* en *gestor* (*W* 5446), van overgang van rechten *titulo universali* en *titulo speciali* (*W* 5399); toch kan men in één arrest (*W* 5502) de volgende uitdrukkingen vinden: *Statutum personale*, *statutum reale*, erfrecht *ab intestato*, *lex rei sitae*, *lex domicilii*, *domicilium defuncti.*

Veel meer Latijn gebruikt het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad, in zijne conclusiën. *In lite*, *exceptio*, *dictum*, *res judicata*, *cardo quaestionis*, *causa proxima*, *causa remota*, *origo petitionis*, *causa petitionis*, *factum illicitum*, *judex facti*, *exceptio rei judicatae* — al dit fraais

---

[1]) Slechts enkele vonnissen wijken van den gewonen vorm af; men zie bijv. eenige uitspraken van het kantongerecht n°. 1 te Amsterdam in *W. v. h. R.* nrs. 5634 en 5817 en *P. v. J.*, 1889, n°. 128.

[2]) Van de Jaargangen 1884—1887 is het nummer van het *Bijblad* (handelsrechtelijk nummer) bedoeld. *P* 85, 8 beteekent dus: *Paleis van Justitie*, 1885, n°. 8*.

is aan ééne conclusie ontleend (*W* 5113). Het Openbaar Ministerie bij de lagere colleges volgt getrouw dit voorbeeld!

Raadplegen wij de arresten en vonnissen der Hoven en Rechtbanken, dan stuiten wij telkens op uitdrukkingen als de volgende: *eo ipso*, *in casu*, *in genere*, *in transitu*, *virtualiter*, *in rerum natura*, *ipso jure*, *in confesso*, *in facto*, *quoad facti*, *judex facti*, *in terminis*, *expressis verbis*, *totidem verbis*, *in foro civili*, *in judicio*, *in prima*, *tempore utili*, *simul ac semel*, *pro hoc et nunc*, *ad finem usque*, *sedes materiae*, *ab utraque parte*, *ad evidentiam juris*, *jus controversum*, *ratio legis*, *in fraudem legis*, *res inter alios* — eene bijzonder geliefkoosde zegswijze —, *bonus paterfamilias*, *manus ministra*, *pro rata parte*.

Doch, zoo zal men beweren, een fatsoenlijk rechtzoekende behoort zulke woorden te verstaan! Laat ons daarom liever een blik werpen op verschillende bijzondere rechtsinstellingen, en beginnen met het zakenrecht. Wij hooren daar van zaken *in commercio* en *extra commercium*, van zaken die bestemd zijn *ad usum publicum* (Almeloo *W* 5823, anderen zeggen: *ad utilitatem publicam*), van zaken die den Staat toebehooren *jure privato* als *res in pecunia populi* (Rb. Leeuwarden *W* 5488), eindelijk van *res nullius* (Rb. 's Bosch *W* 5125). Bij het bezit is veel opmerkelijks! De vraag rijst, *quo titulo* zeker bezit wordt uitgeoefend (Hof Amsterdam *P* 85, 53). Men kan bezitten *nomine suo* (Hof Amsterdam *W* 5740), ook *jure suo*. Eigenaardig is het bezit *animo domini*, waarvan het Amsterdamsche Hof, nog wel met een beroep op allerlei wetsartikels, herhaaldelijk gewag maakt (*W* 5381, *W* 5740). Soms valt te onderzoeken, of iemand den *animus possidendi* heeft „losgelaten“ (Rb. Arnhem *W* 5547). Te Rotterdam (*W* 5496) ontmoet men den *nudus detentor*.

Tot de leer van den eigendom behooren de *condomini*, het *condominium*, de medeëigenaars *pro indiviso* (Hof Amsterdam *P* 85, 53), de *modus acquirendi dominii* (Rb. Leeuwarden *W* 5488 — in dit vonnis verdienen ook de *regalia minora* de aandacht), en daaronder de *alluvie* en de *usucapio*

(Almeloo *W* 5823). Op het eigendomsrecht steunt de *actio negatoria* (Hof Leeuwarden *W* 5208, Rb. Leeuwarden *W* 5228); ook staat de eigenaar wel eens voor de vraag, of de *actio finium regundorum* te pas komt (Hof Amsterdam *P* 89, 61).

Wat de zakelijke rechten betreft, stippen wij nog aan, dat het recht van uitweg is een zakelijk recht *sui generis* (Hof Leeuwarden *P* 89, 22), en dat bij hypothekaire akten soms een beding *de non locando* wordt aangetroffen (Haarlem *W* 5155).

Het verbintenissenrecht geeft in ruime mate aanleiding tot het bezigen van fraaie en indrukwekkende kunstwoorden. De verbintenis zelve is een *vinculum juris* (Hof Leeuwarden *W* 5090), dat de partijen *constringeert*. Zij ontstaat *ex contractu* of *ex lege* (Rb. Amsterdam *P* 86, 50); eischer ageert *in casu ex contractu*, zegt de Amsterdamsche Rechtbank (*W* 5712), terwijl het Hof aldaar onderzoekt, of in een zeker geval eene *actio ex lege* aan iemand toekomt (*W* 5150). De Rotterdamsche rechter bespreekt de vraag, of de *condictio indebiti* is eene *actio ex lege* (*P* 85, 53); het Hof te Amsterdam beslist, dat de *condictio indebiti*, bedoeld in art. 1396 B. W., niet wordt ontleend aan een contract, maar dat zij door de wet *quasi ex contractu* wordt toegekend (*W* 5110, zie ook Utrecht *W* 5486 en Rb. Amsterdam *P* 88, 59). Bij de verbintenis komt in aanmerking de *causa obligandi* (Rb. 's Bosch *W* 5626), *causa debendi* (Rb. Amsterdam *P* 85, 8) of *causa debiti*. *Correi debendi* vindt men te Leeuwarden (Hof *W* 5822). Wie niet tijdig voldoet, geraakt *in mora* — tenzij waar het geldt een *naturali obligatione* verschuldigd saldo (Rb. Arnhem *W* 5436) — en moet *damnum emergens* zoowel als *lucrum cessans* betalen (Utrecht *P* 89, 88, zie ook Groningen *P* 89, 5). Voor schuldvernieuwing moet, volgens art. 1451 B. W., de *animus novandi* van partijen blijken (Rb. 's Hage *W* 5712).

Tot de bijzondere verbintenissen behooren die uit *negotiorum gestio* (Hof 's Hage *W* 5393) met de *actio negotiorum gestorum contraria*, en die tot vergoeding van schade *corpore*

corpori datum of *damnum corpori datum* (Groningen *P* 89, 5). Een gewichtig onderdeel vormen de verbintenissen uit overeenkomst. Dat de overeenkomst is een *duorum in idem placitum consensus* strekt der Arnhemsche Rechtbank (*W* 5622) tot grondslag van haar betoog. Eene eigenaardige overeenkomst is de schenking. Waar een recht wordt afgestaan *titulo oneroso*, kan aan eene *donatio*, en nog wel *mortis causa*, niet worden gedacht (Rb. Amsterdam *W* 5682), doch waar de oorzaak der handeling is geweest *mera liberalitas* (Hof Amsterdam *P* 89, 17), waar de *animus donandi* aanwezig is (H. R. *W* 5448, Hof Leeuwarden *W* 5247), daar kan van eene schenking sprake zijn. Bij den borgtocht vindt men de *beneficia excussionis et divisionis;* volgens het Hof te Leeuwarden (*W* 5822) bepaalt zelfs de wet — klassiek is de aanhaling van art. 1869 *pr.* — in welke gevallen ze worden toegekend of niet. Uit het *depositum* vloeit de *actio ex deposito* voort (Hof Arnhem *W* 5760), de koop kan aanleiding geven tot eene *actio quanti minoris* (Rb. Amsterdam *P* 85, 34). De verplichtingen des schippers ontstaan uit het *receptum* (Hof Amsterdam *P* 86, 52). De *emtio ad mensuram* en *locatio conductio operarum* noemen wij slechts in het voorbijgaan, doch vestigen bijzonder de aandacht op het *pactum adjectum* (Hof Amsterdam *P* 85, 14) en het *contractus sui generis* [1]) (Rotterdam *W* 5722).

In het faillietenrecht speelt de *par condicio creditorum* alom een groote rol. Van den *concursus creditorum* spreekt zelfs de Hooge Raad (*W* 5666). Dat een failliet geene rechtsgeldige verbintenis aangaande zijne *bona* kan aangaan, vertelt ons de Rechtbank te Leeuwarden (*W* 5073).

In het erfrecht ontmoet men erfgenamen *ex lege* en erfgenamen *ex testamento* (Rb. Amsterdam *P* 86, 50, zie ook Groningen *W* 5193), te Leeuwarden spreekt men van den

[1]) Het voorbeeld werkt zoo aanstekelijk dat, toen de Haagsche kantonrechter (*W* 5557) uitmaakte, dat het expeditiecontract is een contract „van bijzonderen aard", in het *Weekblad* deze uitspraak werd voorzien van het opschrift: het expeditiecontract is een „contractus sui generis" !

heres ex testamento (Hof *W* 5602). Bij de beoordeeling van een testament komt het zeer aan op het oogenblik der *testamenti factio* (Rb. Leeuwarden *W* 5458). De voornaamste rechtsvordering, die in het erfrecht voorkomt, is de *hereditatis petitio* (Hof Arnhem *W* 5760); „art. 881 2de lid B. W. geeft het recht... de *hereditatis petitio* in te stellen" (Groningen *W* 5193); „naar art. 881 moet de *hereditatis petitio* gericht worden tegen hen die *pro herede* of *pro possessore* bezitten" (Hof Leeuwarden *W* 5602); soms wordt ze ingesteld tegen hem die *pro herede ex testamento* bezit. Tusschen den erfgenaam en den legataris bestaat volgens den kantonrechter te Groenloo (*W* 5622) eene *obligatio quasi ex contractu*. Nog valt te wijzen op het *fideicommissum de residuo* (Groningen *W* 5344).

Dat ook in het personenrecht de herinnering aan recht en taal der Romeinen bewaard blijft, danken wij aan de Rechtbank te Amsterdam, die de *capitis deminutio* in eere houdt (*P* 84, 43).

Het proces is uit den aard der zaak deftig. Eene eerste zorg is, dat men vermijde te komen bij een rechter die *ratione materiae* of *ratione personae* onbevoegd is; ook eerbiedige men een *privilegium fori* (Rb. Arnhem *W* 5431). Verder moet men hebben *jus standi in judicio* (Breda *W* 5724). Eindelijk is van belang het *fundamentum petendi* (Zutphen *W* 5505, Haarlem *P* 87, 27) of de *causa petendi* (Rb. Amsterdam *P* 85, 8). Zoodra de dagvaarding er is, heet de woning, de schuur, de koe of de petroleum, waarover het geschil loopt: *gelibelleerd*. Stukken worden nu *de actis causae* gemaakt, en wel *in forma probanti*. Doch reeds *in limine litis* (Rb. Amsterdam *W* 5414) staan wij verbaasd over den rijkdom van verdedigingsmiddelen des gedaagden. Hij verlangt *cautio judicatum solvi* (Rb. Amsterdam *P* 86, 50). Hij stelt, „duidelijk genoeg om daarop recht te kunnen vorderen", de *exceptio non tibi adversus me* voor (Rb. Arnhem *W* 5621). Of hij werpt eene exceptie *de jure tertii* op (Hof Amsterdam *P* 85, 53). Gebruikelijk is de *exceptio plurium*

litis consortium (Tiel *W* 5216, Rb. Amsterdam *W* 5793), maar nog gebruikelijker de exceptie (of *exceptio*) *obscuri libelli* (Zierikzee *W* 5628, Rb. Amsterdam *P* 88, 59), die de gedaagde kan en moet voorstellen, als de dagvaarding volgens hem niet voldoet aan het voorschrift van art. 5 n°. 3 B. R. (Rb. Amsterdam *W* 5129). Soms wordt beweerd, dat er een eigenlijk gezegd *pactum de compromittendo* van art. 620 W. v. B. Rv. (Groningen *P* 85, 8) is gesloten. Doch waar zou het einde zijn, wilden wij het geheele proces nagaan met zijn *posita* en zijn *dictum*, met den eischer *cas* verzet (Groningen *W* 5490) en den *legitimus contradictor* (Rb. Arnhem *W* 5116)! Wat nood! Waar staat geschreven, dat partijen iets behoeven te begrijpen van den gang van hun rechtsgeding?

Bedenkelijker echter dan het gebruik van deze „stadhuiswoorden", is het beroep op Romeinsche of zoogenaamd Romeinsche rechtsregels, waaruit in Nederlandsche vonnissen gevolgtrekkingen worden afgeleid of schijnen te worden afgeleid. Ook hiervan mogen enkele voorbeelden volgen. Het Hof te Arnhem vraagt (*W* 5069), of op zekere dwaling het beginsel *error juris non nocet* toepasselijk is. De Rechtbank te Groningen past den regel toe: *capit a gravante et non a gravato* (*W* 5344), en stelt een andermaal een onderzoek in overeenkomstig den regel: *plus valet actum quod scriptum* (*P* 89, 70). Uit den rechtsregel: *qui agit*, *certus esse debet* volgt..., zoo redeneert de Dordtsche rechter (*P* 88, 23). Op wien de bewijslast rust, beslist men naar den rechtsregel: *reus excipiendo fit actor* (Rb. Amsterdam *W* 5105, Haarlem *P* 85, 9). Dat de eene of andere wetsbepaling *strictae interpretationis* is, schijnt eene zeer gewilde bewijsvoering. In den Haag (Rb. *W* 5712) is art. 236 W. v. K. *strictae interpretationis*; volgens de Rechtbank te Assen is de strafwet *strictissimae interpretationis* (*W* 5412); te Rotterdam heet art. 887 W. v. K. „als daarstellende eene exceptie, niet voor extensieve interpretatie vatbaar" (*W* 5762); een der Amsterdamsche kantonrechters zegt dat de wettelijke fictie van art. 563 B. W., als elke uitzondering, is *strictae interpretationis* (*W* 5704).

Behoorde niet onze rechter zelfs den schijn te vermijden, alsof hij naar andere dan de Nederlandsche wetten oordeelde?

Dat de fout voor een deel ligt bij de eigenaardigheden van onze taal en hare beoefenaars, kan niet worden ontkend. Terecht schreef Mr. Kappeyne (*Themis*, 1867, bl. 470): „Kleingeestigheid is onze nationale ondeugd en nergens zijn wij kleingeestiger dan in de taal. Met belachelijke kieskeurigheid halen wij den neus op voor elk woord, dat niet past op den preekstoel, en zetten, vooral als hij over de Duitsche grens komt, den vreemdeling zonder genade uit. De Duitsche wetenschap heeft zich een tal van kunsttermen geschapen, die dáár, omdat zij in honderd boeken voorkwamen, spoedig burgerrecht verkregen, al klonken zij misschien in den beginne wat hard en gezocht." Intusschen kunnen lang niet alle door ons aangehaalde barbaarsche termen zich met dit excuus dekken. Is het er dan om te doen [1]) „eene zekere voornaamheid aan de magistratuur te verleenen, omdat zij op zóóveel grooter afstand van de rechtzoekenden geacht zou moeten worden te staan, als zij moeilijker door hen begrepen wordt?" Mij dunkt neen! Het is vooral de sleur, die in dezen werkt. Is eenmaal erkend, „dat wij recht hebben op duidelijke, korte, bondige overwegingen, op *Hollandsche* zinnen, iets minder lang dan een halve pagina" (*Jur. Spect.*, t. a. p.) — is men eenmaal overtuigd, dat het volk zijne rechtspraak behoort te kunnen begrijpen en dat deze daarom zooveel mogelijk Nederlandsch behoort te spreken — dan zal het niet zulk eene moeite kosten, aan dien eisch te voldoen. Menige wet en menige verhandeling strekken tot bewijs, dat rechtskundige onderwerpen zeer goed in de moedertaal behandeld kunnen worden. Moge tot onze rechterlijke colleges meer en meer de overtuiging doordringen, dat zij, door den vorm hunner uitspraken, een krachtig middel in handen hebben om het recht meer populair te maken, dan het thans is!

---

[1]) De vraag is van prof. Faure, *Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 597.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis, door Mr. S. J. Fockema Andreae, Hoogleeraar te Leiden. — 2e Bundel. — Haarlem, De Erven F. Bohn, 1889.

Aan de toezegging, door den S. in den eersten bundel gegeven, heeft hij, spoediger dan men mocht verwachten, uitvoering gegeven door een tweeden bundel *Bijdragen* te doen verschijnen.

Ook nu weder verzocht de Redactie mij bovengenoemd werk in dit Tijdschrift te bespreken. Slechts aarzelend besloot ik daaraan gevolg te geven, wijl het mij voorkwam meer gewenscht te zijn, dat ook anderen hun oordeel over het door den Hooggeleerden Schrijver geleverde in ruimer kring bekend maakten. Toen echter eenige door de redactie uitgenoodigde beoefenaars van ons oud-vaderlandsch recht bezwaar maakten de recensie op zich te nemen, meende ik tot die bespreking te moeten overgaan, wijl stilzwijgen mij voor den S. onaangenaam, ten aanzien van het werk zelf jammer, en voor de beoefening der rechtsgeschiedenis schadelijk toescheen te zijn.

Te meer moest ik aarzelen de opgedragen taak op mij te nemen, nu in vele opzichten mijn oordeel over den tweeden bundel gelijk moet zijn aan dat over den eersten, en in het volgende in dat opzicht weinig nieuws zal voorkomen.

Immers ook nu vinden wij hoogst belangrijke onderwerpen van het privaatrecht behandeld en daarvoor uit tal van bronnen, over het geheele land [1]), het materiaal bijeengebracht en geordend.

Terecht mogen die onderwerpen belangrijk heeten, als men bedenkt, dat de geleerde S., de reeks van den vorigen bundel voortzettende, bespreekt den invloed van het huwelijk op den rechtstoestand der echtgenooten en het huwelijksgoederenrecht.

---

[1]) Of de rechtsbronnen van Zeeuwsch-Vlaanderen ook iets belangrijks ten aanzien der behandelde onderwerpen bevatten, is een vraag, die bij de lezing bij mij opkwam, welke de S. echter, beter dan ik, zal kunnen beantwoorden.

Dit in zijn geheelen omvang, zoodat ook de huwelijksvoorwaarden, en de gevolgen van tweede en verder huwelijk ter sprake komen. Prof. F. A. deelt namelijk zijn tweede hoofdstuk aldus in:

Afdeeling I. Wettelijk huwelijksgoederenrecht.
II. Huwelijksvoorwaarden.
III. De voortgezette gemeenschap.
IV. Regelen bij tweede en volgende huwelijken.

Iedere indeeling heeft natuurlijk haar vóór en haar tegen. Toch schijnt mij deze in zooverre niet gelukkig gekozen, dat de laatste twee afdeelingen eigenlijk bij de eerste behooren. Gezamenlijk vormen zij de tegenstelling tegenover het huwelijksgoederenrecht, steunende op overeenkomst. Dit echter daargelaten, de splitsing tusschen de eerste en de laatste twee afdeelingen is, vergis ik mij niet, niet juist toegepast. Immers, zoo ik wel zie, is de bedoeling geweest den toestand gedurende het huwelijk, en vervolgens dien na de ontbinding te schetsen en wel al naar mate een tweede huwelijk volgt of niet. Wil men die splitsing volhouden, waarvoor wel eenige grond is te vinden, dan moet men, evenals Heusler in zijne *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, onderscheiden tusschen de verhoudingen der echtgenooten onderling, en die tusschen de kinderen en den langstlevende, hetzij ongehuwd, hetzij wederom getrouwd. Het laatste als afzonderlijke rubriek te nemen schijnt mij eenigszins overbodig, daar het tweede huwelijk veranderingen in de vermogensverhoudingen tusschen den overlevende der ouders en de kinderen medebrengt, die ook door andere omstandigheden in het leven kunnen worden geroepen. Dit is echter een zaak van ondergeschikt belang. Van meer gewicht is, dat door de scheiding, die de S. heeft gemaakt, zijne behandeling van het wettelijk huwelijksgoederenrecht in Braband en Limburg een eenigszins wonderlijken indruk maakt, vooral wanneer wij in Afd. III die provincies ten eenenmale zien ontbreken. Waar de geleerde S. het recht dier provincies dan ook in Afd. II behandelt, is zijn betoog bijna geheel gericht op den rechtstoestand, die ontstaat na het overlijden van een der echtgenooten. Niet vreemd, daar dan juist het karakteristieke dier rechten, nl. het zoogenaamde *Verfangenschaftsrecht*, in het leven treedt, en te dien aanzien juist is, wat wij lezen op bl. 119, dat daar „sterk afwijkende regelen“ golden, van wat elders hier te lande recht was. Voor den rechtstoestand gedurende het huwelijk is dit echter niet het geval; immers ook in die provincies is dan de gemeenschap, met onderscheid van beërfd en onbeërfd huwelijk, regel. Straks komen wij hierop terug. Wij wijzen er hier nog alleen

op, dat ten aanzien van Westerwolde, waar een analoge rechtsvorming voorkomt (zie bl. 150 vlg.), deze in Afd. III bij de voortgezette gemeenschap wordt behandeld. Mij schijnt de scheiding onnoodig, maar wil men haar, dan dient zij op andere wijze gemaakt, dan de S. het deed, zooals wij meenen te hebben aangewezen.

Dit over de indeeling. Voor de wijze, waarop de Hoog Geleerde S. de moeilijke vraagpunten behandelt, ze juist weet te stellen en er oplossingen voor geeft, hebben wij niets dan lof. Vooral vestigen wij de aandacht op de omstandigheid, dat de S. telkens nauwkeurig onderzoek doet naar aard en wezen van de huwelijksgemeenschap, en op de tegenstelling tusschen de gezamerhandsche en de *communio pro indiviso* voldoende licht laat vallen. Ook in dezen bundel zal men Prof. F. A. evenmin als in den vorigen, van het maken van stoute combinaties, of het trekken van gewaagde conclusies kunnen beschuldigen. Misschien zoude men van al te groote bescheidenheid en voorzichtigheid kunnen spreken. In ieder geval kan dit den S. nooit als verwijt treffen.

Waar echter reeds een man als Wilda zegt: „Aus einem umfassenden im Einzelnen dürftigen in seinem Zusammenhang überreichen Material hat der Germanist durch eine *umsichtige*, aber *freiere* Beherrschung desselben, wir möchten fast sagen durch eine productive Geistesthätigkeit seine Rechtsgestalten zu formen; die ausgezeichnetste Gabe scharfsinniger Deutung wird ihn immer nur hülflos lassen“, daar zal men het een jongere niet euvel kunnen duiden, dat naar zijne meening ook bij de studie der Nederlandsche rechtsgeschiedenis die les van den grooten Germanist mag worden behartigd, dat z. i. de Nederlandsche rechtsgeschiedenis iets meer en iets anders is dan die der zeven Geuniëerde Provinciën of die der elf gewesten, die thans het Koninkrijk der Nederlanden samenstellen. Daar meent hij het recht te hebben op te komen tegen een wijze van behandeling, waarbij men de oogen sluit voor den samenhang in de rechtsontwikkeling dier verschillende streken en het zich zelf onmogelijk maakt resultaten te bereiken, welke langs anderen weg als voor de hand liggen. Daar betreurt hij het niet alleen, dat het rijke materiaal in de beide bundels *Bijdragen* is verwerkt op een wijze, als Prof. F. A. meende te moeten kiezen, maar ook en vooral dat des Hoog Geleerden uitgebreide kennis van, en daardoor verkregen inzicht in de oude rechtsbronnen hem meer voorde tot „scharfsinnige Deutung“ daarvan, dan tot „eine umsichtige aber freiere Beherrschung“ der stof.

Wat toch is het geval?

Ook nu acht Prof. F. A. de „behandeling provinciesgewijze“ voor de besproken onderwerpen vereischte. Dat daaraan bezwaren verbonden zijn, ontkent de S. niet; hij tracht daaraan tegemoet te komen door de resultaten van het hoofdstuk over den invloed van het huwelijk op den staat der echtgenooten „aan het slot in weinige woorden samen te vatten en de inleidingen der onderscheiden afdeelingen van hoofdstuk VII aldus in te richten, dat zij de aandacht vestigen op de hoofdpunten van den ontwikkelingsgang, die in de verschillende rechtskringen werd gevolgd“. Zeker is hiermede voor het overzicht reeds iets gewonnen. Dit geldt vooral ten aanzien van hoofdstuk VI. Maar ten aanzien van de inleidingen is niet hetzelfde te zeggen, behalve voor de afdeeling, handelende over de huwelijksvoorwaarden. Immers, terwijl voor de 4e afdeeling moeilijk een afzonderlijke inleiding in den door den S. aangeduiden geest was te schrijven, is in die voor de 3e ook niet veel van een „ontwikkelingsgang“ te bespeuren. Waarschijnlijk gevolg van de hierboven besproken minder gelukkige indeeling.

Doch dit daargelaten, het meest trof het mij, dat in de inleiding voor de 1e afdeeling over het wettelijk huwelijksgoederenrecht de ontwikkeling van af de volksrechten in een halve bladzijde ongeveer wordt geschetst. Hier nu wordt het overzicht zoo kort gegeven, dat wij bijna niets meer zien. Wij vernemen dan ook alleen, dat de huwelijksgemeenschap zich meer en meer heeft uitgebreid, later weer is beperkt, en daarop vooral onder invloed van het Romeinsche recht een ander karakter heeft aangenomen.

Ik geloof, dat deze omstandigheid in verband staat met des Schr.'s stelling, in het „Voorwoord“ in de volgende bewoordingen vervat: „Eene rangschikking naar den oorsprong der rechten in Friesche, Frankische, Saksische groepen, met betrekking tot zeer enkele instellingen mogelijk en geraden, was ten aanzien van de onderwerpen van dezen bundel stellig verwerpelijk“. Had Prof. F. A. toch een nauwkeuriger overzicht der ontwikkeling willen geven, dan had hij juist in die rangschikking moeten vervallen.

Mijne bezwaren tegen de aangehaalde thesis ga ik hier meer in bijzonderheden uiteenzetten, wijl ik meen, dat juist bij die wijze van behandeling het materiaal „in seinem Zusammenhang überreich“ wordt en het slechts zoo doende mogelijk wordt, ook in dezen zich de „Rechtsgestalten zu formen“. Ik wil daaraan

toevoegen een kort overzicht, zooals dat m. i. naar die methode zoude moeten worden ingericht, en wel met betrekking tot het in hoofdstuk VII behandelde wettelijk huwelijksgoederenrecht.

Juist ten opzichte hiervan geloof ik, dat het door den Hoog Geleerden S. gestelde geen instemming verdient. Iets anders is het ten aanzien van den invloed van het huwelijk op den staat der echtgenooten. De *munt*, in dezen de maritale macht, komt bij alle Germaansche stammen voor, bij deze iets sterker, bij gene iets zwakker. Haar werking tegenover de getrouwde vrouw — het hoofdonderwerp der afdeeling — uit zich, in het algemeen genomen, op dezelfde wijze. Groot verschil te dien aanzien is ook in ons vaderland niet waar te nemen. Een indeeling der behandeling „provinciesgewijze" kan hier, hoewel zij, mij althans, niet duidelijke voordeelen oplevert, geen nadeel veroorzaken.

Dit is, zie ik goed, wèl het geval bij het huwelijksgoederenrecht.

Een omstandigheid ten eerste, die tot nadenken stemt, is deze, dat de Duitsche schrijvers, voor zoover mij bekend alle, bij de behandeling van dit onderwerp de rechten der volksstammen tot uitgangspunt nemen en van de verschillen daarin uitgaande de verdere ontwikkeling trachten te verklaren.

Eene andere gewichtiger bedenking echter is deze: Wat heeft de ontwikkeling van rechtstoestanden op dit gebied met de politieke indeeling van heden te doen? Welk verband bestaat er, bepaaldelijk met het oog op de geschiedenis van de betrekkelijke rechtsinstellingen, met een staatkundige indeeling, dagteekenende van 1814 en later? Men zal mij tegenwerpen, dat de meeste provincies toch ook reeds vóór dien tijd bestonden, en dat als souvereine gewesten. Toch was het er ver van af, dat binnen de grenzen dier gewesten, meer bijzonder op het gebied van het privaatrecht, rechtseenheid bestond. En op dat gebied is het zelfs zoo weinig het geval, dat Prof. F. A. bij het behandelen van het bedoelde onderwerp geen enkele regeling voor eene geheele provincie kan vermelden, van den souverein uitgegaan, behalve voor Friesland en voor Drenthe, in welk laatste gewest echter altijd nog uitzonderingen bleven bestaan, zoo bijv. ten aanzien van Coevorden. Van „gewestelijke wetgevers", in den zin van provinciale, is hier derhalve weinig of geen sprake. En nu moge het waar zijn, dat de wetgevers der onderscheidene rechtskringen zich met dit onderwerp hebben ingelaten, de grondslag voor de „onvermijdelijke behandeling provinciesgewijze" is daarmede weggevallen.

Immers waar de rechtseenheid ontbreekt, is zij niet noodwendig, omdat zij dan niets anders is dan een indeeling, gewenscht, omdat niet alles te gelijk kan worden besproken, maar niet eene, die met aard en wezen van het behandelde in verband staat. Waar andere redenen er tegen pleiten, is die methode dan ook te verwerpen.

Nu meen ik, dat die redenen aanwezig zijn. In minder sterke mate in de meer zuidelijk gelegen streken van ons land, zeer sterk echter in het Noorden. Het is mede daaraan dat ik het toeschrijf, dat de Hoog Geleerde S. niet, evenzeer als ik, van het wenschelijke, ja noodzakelijke eener andere behandeling dan de „behandeling provinciesgewijze" overtuigd is.

In Holland en Zeeland [1]) toch, in Gelderland [2]) en Utrecht heeft men ten aanzien van het uitgangspunt met één stamrecht te doen. Ook Braband en Limburg behooren hiertoe. De ontwikkeling is daar in het algemeen denzelfden weg gegaan, al zijn er ook enkele bijzondere rechtsinstellingen ontstaan. Een indeeling en behandeling naar de regelen in die verschillende provinciën van kracht, vooral als de twee laatste bijeen worden gehouden, zooals de Hoog Geleerde S. doet, kan dus niet ten gevolge hebben, dat geheel afgescheiden rechtssystemen met en door elkaâr worden behandeld.

Iets geheel anders — en daar springt het verkeerde der indeeling sterk in het oog — nemen wij waar, als wij den blik slaan op de provincie Groningen. Daar toch komen eerst in aanmerking de Ommelanden, met name het Westerkwartier, Hunsingoo en Fivelgoo. De rechten dier streken sluiten zich nauw aan het Friesche recht aan; speciaal wat het huwelijksgoederenrecht betreft. Door den invloed van de stad Groningen is dit misschien, vooral later, met het Oldampt minder het geval, toch mogen wij hier van Friesch rechtsgebied spreken. Geen wonder, waar wij ontegenzeggelijk met een gedeelte van den Frieschen volksstam hebben te doen.

Zeer juist wordt Westerwolde met zijn recht hiertegenover gesteld; immers zeer afwijkende regels golden daar. Al weder geen wonder, waar wij zonder twijfel met een uitlooper van den

---

[1]) Daar toch is veel, bepaaldelijk ten aanzien van het huwelijksgoederenrecht alles, van Frieschen oorsprong verdwenen. Zelfs heeft dat recht voor den Hollandschen invloed moeten wijken in Stavoren. Verg. *Bijdr.*, II, bl. 62.

[2]) Hierover later meer.

Saksischen stam te doen hebben. Ten slotte het recht der stad Groningen zelf. Dat deze lag in de streek, die later den naam droeg van het gerecht van Selwerd, is bekend. Dat het recht harer bewoners oorspronkelijk gelijk was met dat der omwonenden, en zich daaruit ontwikkelde, mag met een waarschijnlijkheid, die gelijk staat met historische zekerheid, worden aangenomen, en zal dan ook wel geen tegenspraak ontmoeten. Hier hebben wij dus een stadrecht en een landrecht, tusschen welke interessante tegenstellingen zouden zijn te maken.

De S. zelf toont, hoe zeer de door hem aangenomen behandelingswijze het innerlijk verband tusschen de rechten, in de verschillende provincies van kracht, miskent. Immers, waar hij het Selwerder recht bespreekt, wordt steeds naar den samenhang met het Drenthsche verwezen. En terecht. Zoude er echter nu met het stadrecht, uit dat landrecht geboren, in het geheel geen samenhang bestaan? Moet nu het feit, dat Drenthe laatstelijk in 1814 weder staatsrechtelijk van Groningen werd gescheiden, ten aanzien der ontwikkelingsgeschiedenis van een instituut, op gelijken privaatrechtelijken bodem ontstaan, ook splitsing ten gevolge hebben? En omgekeerd, moet de omstandigheid, dat er een betrekkelijk zeer losse politieke band tusschen de Stad en de Ommelanden bestond, noodzakelijk medebrengen, dat een rechtsontwikkeling uit verschillenden grondslag voortgekomen als één geheel worde behandeld? Het wil mij niet gelukken, het „onvermijdelijke" hiervan in te zien. Integendeel ik acht die methode, waarbij het innerlijk verband wordt verwaarloosd, waarbij slechts een, met het oog op de bedoelde onderwerpen, toevallige en uiterlijke samenhang beslist, verkeerd. Ik acht haar veroordeeld, wanneer ik langs anderen weg dat innerlijk verband in het rechtsinstituut, zooals het zich in de verschillende gewesten voordoet, kan aantoonen, de ontwikkeling er van kan nagaan, en zoo een bijdrage leveren tot de *Nederlandsche* rechtsgeschiedenis, niet tot de kennis van het vroegere recht in de verschillende gewesten.

Ik begin daartoe met er op te wijzen, dat wij het Friesche rechtssysteem moeten leeren kennen uit het recht van een gedeelte der provincie Groningen en dat van het eigenlijke Friesland. Overzien wij de bronnen, zooals Prof. F. A. ze ons over het algemeen op uitstekende wijze verklaart, dan komen wij te dien aanzien tot het volgende resultaat.

Het Friesche recht onderscheidt zich van dat der twee andere stammen op dit punt hoofdzakelijk door zijnen afkeer van de

gemeenschap. Dit blijkt ten eerste daaruit, dat men in Friesch rechtsgebied de algeheele gemeenschap niet kent, terwijl ook die van winst en verlies en van roerend goed in lateren tijd, bepaaldelijk in het tegenwoordige Friesland, steeds meer wordt ingekrompen. Immers, zoowel daar, als in de Ommelanden en het Oldampt [1]) wordt onderscheid gemaakt tusschen beërfd en onbeërfd huwelijk.

Is het huwelijk onbeërfd, dan ontstaat geen gemeenschap hoegenaamd. Bij ontbinding gaat het goed terug naar de zijde van waar het is gekomen. Dit geldt van alle goederen, zoowel roerend als onroerend. Ook deelde de vrouw vermoedelijk niet in de winst. Dit schijnt de oudste toestand te zijn geweest; althans de oudste bronnen, dat zijn hier die uit het Friesland tusschen de Lauwers en de Eems, kennen dien. In het eigenlijke Friesland vindt men in de 14e eeuw de gemeenschap van winst en verlies; in de volgende is daarbij gekomen die van roerende goederen. Zij ontstaat echter eerst, nadat het huwelijk jaar en dag heeft bestaan. Na dat tijdsverloop wordt daar in dit opzicht het onbeërfde huwelijk met het beërfde gelijkgesteld. Voor beërfd huwelijk toch bestond daar slechts gemeenschap van winst (waaronder ook vielen de aangekochte onroerende goederen) en verlies en van roerende goederen. Verder echter heeft zij zich niet uitgebreid. Integendeel de gemeenschap der laatste werd in lateren tijd, vooral door de jurisprudentie, steeds tot kleiner kring beperkt.

In de Ommelanden en ook in het Oldampt is de gemeenschap binnen dezelfde grenzen beperkt gebleven, maar hier ontstond die van roerend goed ook, nl. sinds de latere landrechten uit het begin der 17e eeuw, als er geen kinderen waren, zoodat toen het onderscheid tusschen beërfd en onbeërfd huwelijk was weggevallen. Een onderscheid, dat, bij de Friesche beschouwing, ook veel van zijn gewicht had verloren.

Het gedeelte van den Saksischen stam, hetwelk ons land bewoonde, behoorde natuurlijk tot de Westfalen. Wij zullen, zoo

---

[1]) Prof. F. A. laat zich onder de afdeeling, Oldambten (bl. 75 vlg.) niet uit over het verschil tusschen beërfd en onbeërfd huwelijk. Desniettemin bestond het evenzeer. Dit blijkt uit de bij de uitgave in de *Werken van P. E. I. P.*, dl. VI, gevoegde bijlagen, en wel uit n°. 16 op bl. 712, en art. 90, bl. 716. Uit die bepalingen mag met eenige waarschijnlijkheid worden opgemaakt, dat ook later de toestand in het Oldampt geheel dezelfde was als in de Ommelanden. Verg. Fockema Andreae, bl. 76 noot 1.

er eenig verband bestaat tusschen de rechten van hen, die tot denzelfden stam behooren, vergelijking moeten maken met de Westfaalsche land- en stadrechten, en wat ons land dus betreft moeten zoeken in het recht van Westerwolde en Overijssel [1]).

Volgens bekende Duitsche schrijvers op dit gebied is in het Westfaalsche recht de ontwikkeling deze geweest. Oorspronkelijk bestond daar bij onbeërfd huwelijk slechts gemeenschap van winst en verlies. Bij beërfd huwelijk daarentegen heeft de weduwe recht gekregen om met de kinderen in het goed te blijven, derhalve om de stelling, die zij gedurende het huwelijk innam, ook met en tegenover de kinderen alleen te behouden; zij had het recht op den „Beisitz".

Alhoewel met betrekking tot de over ons onderwerp handelende plaatsen der Lex Saxonum de meeningen zeer verdeeld zijn, is de rechtstoestand, welken de Westfaalsche stadrechten, die, zooals Schröder zegt: „im Uebergangsstadium stehen geblieben sind" [2]), ons toonen, het meest met deze opvatting in overeenstemming. Daar toch blijft, naar men mag aannemen, de langstlevende echtgenoot met de kinderen samenwonen. Komt het tot een feitelijke scheiding, dan krijgt hij vrij te zijner beschikking de helft van het vermogen, behalve de erfgoederen, *bona hereditaria*, die voor de kinderen bewaard worden, „verfangen" zijn, waarover hij derhalve niet de vrije beschikking heeft. Door de ontwikkeling van het begrip der winst tegenover dat der erfgoederen is men langzamerhand gekomen tot den zoo juist door ons aangegeven toestand. En op dien weg voortgaande, is de onderscheiding van erfgoed tegenover aangewonnen goed, vooral in de steden, langzamerhand verdwenen. Daarmede is men dan gekomen tot de algeheele gemeenschap, die vervolgens ook bij onbeërfd huwelijk geleidelijk is aangenomen.

In Overijssel hebben de stadrechten deze ontwikkeling reeds achter zich. Zij toch staan alle op het standpunt der algemeene gemeenschap, zoowel bij beërfd als bij onbeërfd huwelijk, in welk laatste geval echter de langstlevende enkele bepaalde goederen, verschillend naarmate het de man of de vrouw is, tegenover

---

[1]) Wij laten hier het Graafschap Zutphen buiten beschouwing, waarvan het Oostelijk gedeelte althans, misschien Saksisch is geweest. Waarschijnlijk is het, dat daar het recht der stad een overwegenden invloed op het landrecht heeft geoefend.

[2]) R. Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, II, 3, bl. 112. Verg. Heusler, II, bl. 350.

de erfgenamen vooruit, als „voordeel" neemt[1]). Een rechtsvorm, dien wij ook in talrijke Westfaalsche stadrechten aantreffen[2]).

Voor den overgangstoestand bepaaldelijk ten aanzien van het landrecht, waarvoor eigenlijk geen bronnen aanwezig zijn[3]), geeft juist het L. R. van Westerwolde eenig licht. Verstaan wij de plaatsen daar voorkomende goed, dan is de onderstelling van Heusler juist, die ook voor het landrecht aanneemt, „dass schon nach altem westfälischem Volksrechte durch die Geburt eines Kindes sich insofern eine Gütervereinigung vollzog, als nun der Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern, unter Verfangenschaftsrecht der letztern, gerade an den eingebrachten Erbgütern, begründet und demgemäss auch schon während der Ehe eine gemeinschaftliche Verfügung der Ehegatten und der Kinder über diese Güter hervorgerufen wurde, während die Errungenschaft von der Verfangenschaft ausgeschlossen war", en bij scheiding geheel of gedeeltelijk aan de ouders kwam.

Immers, het L. R. van Westerwolde maakt onderscheid tusschen erfgoed en aangewonnen goederen. Het eerste wordt, bepaaldelijk in het landrecht van 1567, tegenover de laatste gesteld als het „principael arve" of „principael herde" [4]). In het landrecht van 1470 zullen wij daaronder moeten verstaan de „hinderheerd", welke uitdrukking eveneens in dat van 1567 voorkomt, terwijl in het eerste ook, zooals dat bij eene boerenbevolking licht te verwachten is, in denzelfden zin van „*het* arve" wordt gesproken[5]). De „hinderheerd" staat dan tegenover het „uitherende", de later aangewonnen, aangekochte stukken land. Hierbij bedenke men, dat gewoonlijk, vooral bij de marke-inrichting, deze de verst afgelegene zullen zijn, en dus zeer goed met dien term kunnen worden bestempeld[6]).

---

[1]) Prof. F. A. brengt (bl. 89) het vervallen der morgengave bij de geboorte van een kind volgens het recht van Ommen, in verband met de uitbreiding der algeheele gemeenschap ook tot de voordeelgoederen in geval van beërfd huwelijk. Het komt mij voor, dat hier eerder moet worden gedacht aan de werking van den regel: Kinder zeugen bricht Ehestiftung. Een regel, die juist in Westfaalsche rechten zeer dikwijls voorkomt. Veel minder in Frankische. Verg. Schröder, II, 2, bl. 197 en 214, en II, 3, bl. 331.

[2]) Zie Schröder, II, 3, § 5.

[3]) Zie Schröder, II, 3, bl. 111.

[4]) Artt. 39, 41.

[5]) II, § 7.

[6]) Verg. over de beteekenis dier woorden: *Bijdr.* II, bl. 150 n. 3.

Dat erfgoed, het goed, dat reeds tijden lang de economische basis der familie heeft uitgemaakt, waaraan het huisgezin als het ware verbonden is, moet daarin zoo lang mogelijk worden bewaard. Het rechtssysteem, waardoor hieraan wordt beantwoord, m. a. w. het stamgoedstelsel, oefende ook in het L. R. van Westerwolde zijnen invloed [1]). Deze uit zich juist in de scheiding tusschen erfgoed en aangewonnen goed.

Vergelijken wij nu de bepalingen, die op het betrekkelijke onderwerp slaan, dan mogen wij met Prof. F. A. uit die, welke over den bruidschat spreken en over de teruggave daarvan, aannemen, dat bij onbeërfd huwelijk geen gemeenschap plaats vindt, hoewel dit ten aanzien van de winst niet duidelijk blijkt. Bij beërfd huwelijk echter is de bepaling, die ons licht geeft L. R. 1470, II § 29 (L. R. 1567, art. 29). Immers daaruit blijkt, dat de langstlevende der echtgenooten (althans volgens het laatste landrecht „vader of moeder") met de kinderen blijft samenwonen. Komt het tot een scheiding, dan wordt het goed half en half gedeeld, behalve het eigenlijke erfgoed, de „hinderheerd" [2]). Deze komt aan den langstlevende der echtgenooten, maar is en blijft voor de kinderen bewaard „verfangen"; zijne vrije beschikking is mitsdien beperkt.

Bij deze opvatting, die, naar ik meen, de juiste is, wijst het L. R. van Westerwolde ons aan het overgangsstadium in het Westfaalsche recht, waarover zeer weinig berichten tot ons zijn gekomen. Men mag, als een niet ongegronde veronderstelling, aannemen, dat in Overijssel een dergelijk tusschenstadium is doorloopen.

Evenals het Westfaalsche, is ook het Frankische recht tot het systeem der algeheele gemeenschap gekomen. Wij treffen daar in den oudsten tijd reeds de gemeenschap der winst, en

---

[1]) Verg. L. R. 1470, I § 24 en L. R. 1567, art. 24, waarbij „het huis" aan den oudsten zoon wordt toegekend, die aan de overige erfgenamen daarvoor vergoeding moet geven. Bij vergelijking met het slot van I § 23 en art. 23 bedenke men, dat het huis zelf nog in dien tijd wel tot het roerend goed zal zijn gerekend, en dat in § 24 onder „huis" ook de hinderheerd zal moeten worden verstaan. Dit wordt bevestigd door art. 24, waar staat: „dat huys und dat arve tho den huse behoorende".

[2]) De schulden worden ook gesplitst, maar den echtgenoot de gelegenheid gegeven, om ter betaling van zijn aandeel een grooter gedeelte der roerende goederen te nemen tot behoud van het eigenlijke huis- of stamgoed. Bij deze verklaring houd ik mij ook beter aan de lezing „ghenoegde", dan de Hoog Geleerde S. in de zijne op bl. 150.

zeer spoedig ook die van het roerend goed aan. Uit die beide heeft zich geleidelijk de algeheele gemeenschap ontwikkeld door de uitbreiding tot de onroerende goederen. Ten aanzien van deze moet dan nog dikwijls onderscheiden worden tusschen de aangeërfde en die, welke gedurende het huwelijk aangewonnen werden. Voor de eerste hield het stamgoedstelsel nog lang de uitbreiding der gemeenschap tegen.

Bij deze gemeenschapsvormen blijven met betrekking tot de verhoudingen bij het wegvallen van een der echtgenooten, twee zeer verschillende stelsels van belang. Bij het eene kan de langstlevende met de kinderen in den gemeenen boedel blijven; maar wordt, meestal bij tweede huwelijk — ook om andere redenen zelfs hier en daar op een eisch der kinderen — tot scheiding overgegaan, dan wordt de gemeene boedel in deelen gesplitst, waarvan er een, de hoegrootheid hiervan is zeer verschillend, aan den echtgenoot valt, het andere naar de kinderen gaat (*Theilrecht*). Naar het andere stelsel (het *Verfangenschaftsrecht*) worden bij de scheiding soms de roerende goederen verdeeld, echter meestal geheel aan den langstlevenden echtgenoot toegewezen, terwijl de onroerende goederen, aan zijne beschikking onttrokken, voor de kinderen bewaard blijven, te hunnen behoeve „verfangen", „gevestet" zijn. Dit is dus eigenlijk meer een scheiding naar den aard der goederen.

Bij onbeërfd huwelijk vond dezelfde geleidelijke ontwikkeling plaats, doch veel langzamer dan daar, waar kinderen uit het huwelijk geboren waren [1]). Wordt het huwelijk ontbonden, dan had in dit geval gewoonlijk onmiddellijk verdeeling van den boedel plaats tusschen den langstlevende en de erfgenamen van den overleden echtgenoot.

Beschouwen wij ook nu weder de rechten van de verschillende streken van ons vaderland, die tot den Frankischen rechtskring kunnen worden gerekend, dan ontmoeten wij de onderscheidene phasen van den hierboven omschreven ontwikkelingsgang.

Het oudste stadium treffen wij aan in Drenthe en Selwerd, waar de gemeenschap van winst en verlies, en later ook die

---

[1]) Merkwaardig is hierbij de vraag, of een huwelijk, waaruit kinderen geboren zijn, die echter bij het leven der beide ouders zijn gestorven, is een beërfd, dan wel een onbeërfd huwelijk. Een vraag, die te Groningen (St. B. art. 24 en II § 4) en in Drenthe (zie F. A., bl. 85) in eerstgemelden zin wordt beantwoord. Later, sinds L. R. 1608, is men in Drenthe echter hierop teruggekomen.

van roerend goed, plaats maakt voor de algeheele gemeenschap, zoodra een kind wordt geboren. Bij scheiding heeft verdeeling naar helften plaats, terwijl voor het geval dat de kinderen vóór de ouders zijn overleden, de langstlevende den eerststervende beërft.

In 1374 is de stad Groningen tot het stelsel der algeheele gemeenschap bij ieder huwelijk overgegaan [1]). In Gelderland, behoudens de afwijking in het Rijk van Nijmegen en het Roermondsche Kwartier, waar de aangeërfde goederen buiten de gemeenschap bleven, Utrecht, Holland en Zeeland vinden wij eveneens algeheele gemeenschap, en bij de scheiding van den gemeenen boedel deeling naar quoten.

Waar nog herinneringen aan vroegere toestanden over zijn, zooals te Utrecht, daar blijkt men van het vroegere recht te zijn afgeweken juist daarin, dat het aangeërfde onroerend goed niet in de gemeenschap viel, en wel het langst bij onbeërfd huwelijk daarbuiten bleef [2]). In Holland en Zeeland is van die overgangsperiode geen onmiddellijk bericht meer tot ons gekomen. Toch mogen wij aannemen, dat gelijke ontwikkelingsgang ook daar heeft plaats gegrepen. Wie weet, of het bij voortgezette studie ons niet mogelijk zal zijn, juist met de kennis toegerust, verkregen door vergelijking met wat elders geschiedde, in oorkonde of bericht een aanwijzing te vinden, die dat vermoeden tot zekerheid maakt.

De provinciën Braband en Limburg verdienen uit een ander oogpunt onze aandacht. Ook daar vinden wij de algeheele gemeenschap bij beërfd huwelijk, maar niet de deeling bij ontbinding er van naar quoten. Integendeel is daar het, in Braband althans zoo genoemde devolutierecht, het *Verfangenschaftsrecht* — een Nederlandsch woord ontbreekt vooralsnog — van kracht [3]). Het

---

[1]) Dat vóór dien tijd bij onbeërfd huwelijk alleen gemeenschap van winst bestond, schijnt wel uit het laatste gedeelte van art. 23 (Stadboek, uitgave Telting) te volgen, maar is niettemin vreemd, en de overgang zeer groot, tenzij men mag aannemen, dat het „maken“ door de echtgenooten van „oer guet half ende half“ zeer algemeen was.

[2]) Verg. hierbij de interessante opmerkingen van Prof. F. A. over het „oud-erve“ te Utrecht, bl. 99 vlg.; en voorts over het recht van Baarn en Soest, bl. 103.

[3]) Braband, gebruikt in den zin zooals prof. F. A. dit doet. Toch was het devolutie-recht er verre van algemeen, zie Laurillard, *Het Devolutie-regt in het hertogdom Brabant*, bl. 65 vlg.; o. a. gold het niet, of slechts beperkt in de baronie van Breda, verg. J. J. Loke, *De Costumen van Breda aangaande de huwelijksgemeenschap.* Over het dowarie, daar aan den langstlevende der echtgenooten toekomende, in ver-

recht dus, waarbij gescheiden wordt naar den aard der goederen. Aan den overblijvenden echtgenoot toch worden de roerende toegekend, terwijl hij in het bezit blijft der onroerende goederen, die echter aan zijne beschikking zijn onttrokken, en voor de kinderen blijven bewaard, te hunnen behoeve „gevestet" zijn [1]). Bij kinderloos huwelijk blijft de gemeenschap beperkt tot de roerende goederen; voor het aangewonnen onroerend goed gold een zeer speciale regeling. De aangebrachte en aangeërfde onroerende goederen keerden terug, vanwaar zij waren gekomen.

Meenen wij met dit overzicht, waarbij natuurlijk nog veel onaangeroerd moest blijven, wat misschien niet had mogen worden voorbijgegaan, aangetoond te hebben, dat een behandeling, die zich niet vastwringt in een opsomming der provinciale rechtsregelingen, tot ruimer en beter blik op het geheel der rechtsontwikkeling leidt, toch kan het niet overbodig schijnen, op de door ons gemaakte scheiding tusschen Saksische en Frankische rechtskringen nog kortelijk terug te komen.

Reeds vroeger [2]) vestigde ik de aandacht op de overblijfselen van Frankische rechtsvormen in Drenthe en het daarmede vroeger verbonden gedeelte van Groningen. Ook nu meende ik dit te mogen aannemen en die streken in verband met het recht van erkend Frankische gewesten te mogen behandelen. Hoewel moet worden erkend, zooals ook algemeen is aangenomen, dat de Westfaalsche en de Frankische rechtsontwikkeling in dezen ten slotte in hoofdzaak op een en hetzelfde punt, de algeheele goederengemeenschap, en langs een tamelijk gelijken weg, uitloopen. Alleen op dit gebied het oog vestigende zouden wij niet tot de bovenbedoelde stelling kunnen komen. Nu ons echter van elders

---

band met het Fransche douaire, en de dos van het Salische recht (zie Heusler, *Inst.* II, bl. 309 vlg.) vinden wij tot ons leedwezen in deze *Bijdragen* geen woord.

[1]) De geleerde S. beschouwt dit recht als een uitvloeisel der gezamenderhandsche gemeenschap, en den langstlevenden echtgenoot als eigenaar, zij het dan beperkt door de rechten zijner medeëigenaren. Het ware hier wel de moeite waard geweest, althans kort, stil te staan bij de verschillende meeningen over de juridische constructie dier rechtsverhouding.

[2]) *Rechtsgel. Magazijn*, V, bl. 57. — Ik wijs er hier tevens op, dat reeds Dr. Acker Stratingh, in zijn *Aloude Staat en Geschiedenis des Vaderlands* II, 2, bl. 245 vlg., en meer bepaald in de *Bijdragen voor Groningen*, V, bl. 23 en 106, op verschil in recht en instellingen wees tusschen Drenthe met het gebied der stad Groningen, en de Ommelanden met Friesland eenerzijds, en Overijssel ter andere zijde.

merkwaardige verschilpunten tusschen het recht van Overijssel en dat van Drenthe-Selwerd bekend zijn — verschilpunten, die op onderscheid in oorsprong, op „Stammesverschiedenheit“ heen wijzen — nu mogen daarmede ook dezulke, die op dit gebied de aandacht trekken, in verband worden gebracht.

Zooals ook Prof. F. A. aanneemt, is het Westfaalsche recht dat der Franken een stap vóór geweest in de richting der algeheele gemeenschap. Dit zou een verklaring kunnen zijn van de omstandigheid, dat, terwijl men in Groningen eerst in 1374 tot die gemeenschap bij ieder huwelijk overgaat, in de Overijsselsche steden veel vroeger reeds van een anderen toestand geen sprake meer is [1]). Zoo bv. in Zwolle, volgens het oudste keurboek, dat wij zeker niet te vroeg stellen, als wij aannemen, dat de betrekkelijke bepalingen van ± 1300 dagteekenen. Op zich zelf niet van veel gewicht, is die omstandigheid niet van beteekenis ontbloot in verband met andere gegevens.

Hierbij mag nog op iets anders worden gewezen, dat meer gewicht in de schaal legt. En wel dit. In Groningen, zoowel als in Drenthe — wij hebben er reeds op gewezen — vererfden, in geval de kinderen vóór de ouders overleden, de goederen van den eerststervende der echtgenooten op den langstlevende. Deze werking der gezamenderhandsche gemeenschap komt, naar Schröder mededeelt, in Saksisch rechtsgebied zoo goed als niet voor [2]), zoodat hij hier ook spreekt van den invloed van „flämisches Recht“ [3]). Hoe die hier zou werken, is niet recht duidelijk. De uitspraak van den kenner van het Duitsche huwelijksgoederenrecht wordt te meer opmerkelijk, daar hij in den waan verkeerde, dat te Groningen Friesch recht inheemsch was. Het feit zelf wint te meer in belangrijkheid, als men bedenkt, dat deze bijzonderheid ook voorkomt in het recht eener geïsoleerde streek als Drenthe, en daarbij voegt, dat in de erkend Saksische, met name in de Overijsselsche steden in de nabijheid, in het

---

[1]) Tenzij men hier aan Frieschen invloed moet denken en de bepaling van het Stadboek, die den toestand van vóór 1374 weergeeft, moet opvatten in den zin, dat het vrouwengoed „nauder waxa ni wonia“ (toenoch afnemen) mag, waarmede de woorden zich m. i. wel laten vereenigen.

[2]) Zie t. a. p., II, 2, bl. 76 vlg.; II, 3, bl. 300 vlg. Twee der uitzonderingen laten zich licht verklaren uit de nabijheid van Frankische rechtskringen. De derde, nl. die betrekkelijk het eiland Rügen, steunt op zulk een verward bericht, dat zij van geen belang kan worden geacht.

[3]) T. a. p., II, 3, bl. 407 vlg.

bedoelde geval de deeling bij helften, met „voordeelgoed" voor den overlevenden echtgenoot, plaats heeft, en dat het Friesche recht bij kinderloos huwelijk geene, zeker geen algeheele gemeenschap kent. Ook dit moge op zich zelf geen bewijs zijn, in verband met andere feiten moet het aan de traditioneele opvatting doen twijfelen, tot nadenken stemmen en daardoor tot nader onderzoek prikkelen. Zeker is het althans geen onbelangrijke afwijking van het recht in naburige, erkend Saksische streken.

Mr. Telting zegt in zijne bespreking van Prof. F. A.'s *Bijdragen* (*Themis*, 1889, n°. 4): „Een groote verdienste van het werk acht ik het, dat het zich niet tot een enkel gedeelte van ons land bepaalt, maar alle gewesten omvat".

Mij aansluitende aan het oordeel hier uitgesproken, echter in den zin, zooals die uit het voorgaande genoegzaam blijkt, moet ik toch desniettemin de wenschelijkheid bepleiten van studies op meer beperkt terrein. Juist het werk van den Hoog Geleerden S. toont ons, op hoe vele punten nog onzekerheid heerscht, en hoe zeer in bijzonderheden de gang der ontwikkeling nog een gesloten boek voor ons is. Meerdere bekendheid met, maar vooral betere verwerking der rechtsbronnen — ik noem bepaaldelijk de stukken tot de rechtspraak behoorende — zal daaraan zeer veel kunnen veranderen. Onderzoekingen in de archieven zelve zijn daartoe de aangewezen, maar ook de eenige weg. Voor hen, die zich de beoefening der rechtsgeschiedenis ten doel stellen, nog een ruim veld van werkzaamheid, bepaaldelijk voor hen, die aan het einde hunner academische studiën een proefschrift over dergelijk onderwerp willen schrijven! Jammer, dat juist op dit gebied, waar nog zoo velen zonder gevaar voor de gevolgen eener overdreven concurrentie zouden kunnen werkzaam zijn, het getal der arbeiders zoo uiterst gering is.

„Specialforschungen" kunnen hier nog in allerlei opzicht rijke vruchten afwerpen, zeer belangrijke resultaten opleveren. Maar daarbij mag, zullen zij hare waarde niet grootendeels verliezen, het verband met het groot geheel, met de rechtsgeschiedenis van Nederland, niet uit het oog worden verloren.

Op hen echter, die een voorstelling van dat groot geheel, van de Nederlandsche rechtsgeschiedenis — zij het dan met betrekking tot een bepaald rechtsinstituut — willen geven, op hen rust de taak de resultaten dier afzonderlijke studiën bijeen te brengen, niet alleen, maar ook ze met elkaar te verbinden en te vereenigen. Juist hunne meer algemeene kennis en daarop steunende ruimere blik worden daartoe vereischt.

Hun werk kan dan wederom de leiddraad zijn voor hen, die in beperkter ruimte, maar op nog onbetreden paden zich bewegen. Zij mogen het echter wel bedenken, dat hun arbeid dit nooit kan zijn, waar hun de samenhang tusschen de deelen onderling een quantité négligeable schijnt te zijn, waar zij niet toonen in te zien, dat in dezen het geheel meer en iets anders is dan enkel en alleen de som der deelen.

Assen, Dec. 1889. SEERP GRATAMA.

Leerboek der Staathuishoudkunde, door Mr. N. G. Pierson. — Tweede deel, 1e Stuk. — Haarlem, De Erven F. Bohn, 1889.

Ich habe es oft schon lebhaft bedauert, dass die wissenschaftlichen Werke holländischer Autoren in Deutschland aus dem rein äusserlichen Grunde der Sprachunkenntnis so wenig gelesen und nahezu gar nicht beachtet werden. Die holländische Wissenschaft, welche in so vieler Rücksicht, die Vorzüge des deutschen, französischen und englischen Wesens mit echt holländischer Gediegenheit und Sauberkeit in der Forschung und Darstellung verbindet und in der Geschichte der wissenschaftlichen Literatur eine so rühmliche Stelle einnimmt, schien mir in neuerer Zeit, zum grossen Nachteile der allgemeinen Literatur-Entwickelung, ein viel zu wenig beachtetes Dasein zu führen. Vor allem schien mir dies von der nationaloekonomischen Literatur zu gelten, aus welcher die Vorzüge des holländischen Gelehrtencharakters ganz besonders hervortreten. Auch in den Kreisen der österreichischen Volkswirte hat man sich lange genug gesträubt, der, wie begreiflich, verhältnismässig wenig umfangreichen nationaloekonomischen Literatur Hollands zu Liebe, die holländische Sprache zu studieren. Die ausgezeichneten Schriften N. G. Pierson's haben bei uns jedoch das Eis gebrochen und die Scheu vor dem Studium des fremden Idioms überwunden. Es gibt jetzt in Oesterreich schon eine nicht mehr ganz kleine Gemeinde von älteren und jüngeren Volkswirten, welche die schönen und sorgfältigen Arbeiten, welche die holländischen Nationaloekonomen von Zeit zu Zeit auf den Büchermarkt bringen, mit Eifer liest und beachtet. Die Mühe der Aneignung der dem deutschen so verwandten Sprache hat sich als keine übermässige erwiesen und wir alle sind nunmehr recht froh, uns den unmittelbaren Einblick in die wertvolle, nationaloekonomische

Literatur Hollands eröffnet zu haben. Dass gerade Pierson's Schriften den wirksamsten Anstoss hierzu boten, lag in dem Umstande, dass wir in ihnen für unsere Bestrebungen besonders reichliche Förderung gefunden haben, dass wir dieselben, ohne eine Lücke in unserem Wissen zu empfinden, nicht wol übergehen konnten.

Auf dem Gebiete der deutschen Nationaloekonomie herrscht arger Streit zwischen den verschiedenen Richtungen, der historischen und der theoretischen, der empirischen und der rationalistischen, der socialpolitischen und der individualistischen Schule. Der Kampf wird in recht einseitiger Weise, bisweilen sogar nicht mit den besten Mitteln geführt. In Pierson trat uns ein unbefangener, parteiloser Autor entgegen, in dessen Schriften wir einen eben so offenen Sinn für die neuen reformatorischen Bestrebungen auf dem Gebiete der nationaloekonomischen Theorie und der Socialpolitik, als besonnenes Festhalten an den bisherigen Errungenschaften der Theorie und der Praxis auf dem Gebiete der Volkswirtschaft fanden. Wir lernten in ihm einen Autor kennen, welcher auf dem Gebiete der Theorie, wie der Praxis, das Alte und das Neue zu vermitteln, das erprobte Alte festzuhalten suchte, das Neue aber zu prüfen und, unter Umständen, dafür einzutreten bereit war, — all dies ohne Vorurteil, aber auch ohne Neuerungssucht. Dazu kam die grosse Sachkenntnis des Autors auf zalreichen Gebieten der praktischen Volkswirtschaft, welche seinen Werken einen besonderen Wert verliehen. Alles in Allem: Pierson's nationaloekonomische Schriften schienen uns von jener Art zu sein, wie sie unsere heutige Literaturepoche, welche auf dem Gebiete der nationaloekonomischen Theorie und Praxis eine Periode des Überganges ist, eben dringend bedarf. Sie vermitteln der Gegenwart die Errungenschaften der Vergangenheit und tragen dazu bei, eine neue Epoche unserer Wissenschaft vorzubereiten.

Das Gesagte gilt insbesondere von Pierson's Hauptwerke, seinem „*Leerboek der Staathuishoudkunde*", dessen erster Band im Jahre 1884 erschienen ist und von welchem die erste Hälfte des zweiten, hauptsächlich praktische Fragen behandelnden Bandes uns nunmehr vorliegt. Derselbe wendet sich vermöge seines actuellen Inhaltes und der populären Form bei echt wissenschaftlicher Gründlichkeit nicht blos an die Nationaloekonomen von Beruf, sondern an die Gebildeten aller Stände. Vielleicht ist der Specialtitel der vorliegenden Abteilung (Production und Consumtion) nicht besonders glücklich gewählt. Von der Con-

sumtion ist wenig die Rede, desto mehr von der Production als Mittel der Socialreform, im Gegensatze zu den beliebten Panaceen des Socialismus, des Protectionismus, der Agrarpolitik etc. Ich werde mich auf eine ganz kurze Inhaltsanzeige beschränken.

In einem einleitenden Hauptstück wird Wesen und Bedeutung der Production dargestellt und die Gefahr einer allgemeinen Überproduction bestritten. In einem zweiten Kapitel wird der Eigennutz als unentbehrliche, aber auch als unzulängliche Triebfeder der Volkswirtschaft gekennzeichnet. Die Versorgung der Bevölkerung mit nicht-oekonomischen Gütern — für das Volkswol so wichtig! — sei beispielsweise für den privaten Eigennutz nicht lohnend; der blinde Eigennutz führe bei schrankenlosem laisser-aller zu Depressionen, zu Krisen, zur Degeneration der Arbeiter, welche rücksichtslos auszubeuten zwar nicht im Interesse des Unternehmerstandes, wol aber des einzelnen Unternehmers liegen könne. Daher die allgemeine Sehnsucht nach einem Socialstaate, dessen eingehende Kritik, bei der grossen Unparteilichkeit und Sachkunde des Verfassers, im höchsten Grade lesenswert ist.

Im dritten Kapitel wird zunächst der Malthusianismus nach den von Malthus selbst herrührenden Ausführungen im Supplement der Encyclopedia Britannica von 1824 wiedergegeben; dann nimmt Pierson, statt der vielbestrittenen Verdoppelung der amerikanischen Bevölkerung in 25 Jahren, die faktische Bevölkerungsverdoppelung in Europa von 1800—1886 zum Ausgangspunkte, welche — ein Jahrtausend hindurch fortdauernd, — die Menschenzal mehr als vertausendfachen müsste. Pierson glaubt nicht an „moral restraints“ in diesen Angelegenheiten und sieht keine andere Rettung für die Arbeiterklasse, als entweder den Neo-Malthusianismus, oder eine gewaltige Productionssteigerung, am besten beide zugleich, bei vollster Ausnützung der segensreichen Wirkungen arbeiterfreundlicher Einrichtungen und Gesetze.

Das vierte Hauptstück bietet besonderes Interesse als ein Votum über den Freihandel aus dem einzigen Lande des Continents, wo dessen Wirkungen noch praktisch beobachtet werden können. Pierson würdigt wolwollend die Ursachen der jetzigen Schutzzollbewegung, gelangt aber nach eingehender Prüfung der wichtigsten Argumente zu dem Schlusse, dass der Schutzzoll, ebenso wie die Exportprämien und der Schifffahrtsschutz, abzulehnen seien, namentlich wegen der unvermeidlichen Missgriffe in Object, Höhe und Dauer des Schutzes, wegen des mit

dem Importe zugleich abnehmenden Exports und überhaupt wegen der dadurch erschwerten, verteuerten und irre geführten Production.

Im fünften und letzten Kapitel kommen die agrarischen Probleme an die Reihe. Nach den besten Quellen wird die agrarische Entwickelung Englands, Frankreichs, Hollands, Deutschlands und Oesterreichs mit vielen interessanten Details geschildert. Weder die Bodenverstaatlichung, noch das Anerbrecht, noch der russische Mir erscheinen dem nüchtern kritischen Beurteiler in so rosigem Lichte, wie manchen Socialpolitikern Deutschlands. Dagegen wird die englisch-irische Gesetzgebung zu Gunsten der Pächter im Ganzen günstig beurteilt, weil sie die Productionssteigerung durch intensive Bewirtschaftung des Bodens begünstige. Die Productionssteigerung aber sei — darauf kommt Pierson immer und immer wieder zurück — der einzige Weg des Heils für die moderne Gesellschaft. Selbst das Eigentum müsse in unserer Zeit, um geachtet zu werden, sich erst diese Achtung verdienen, indem es bei der Hebung der Production redlich mitwirke. Dies sei die grosse Lehre der englisch-irischen Landgesetzgebung.

Ich möchte von Pierson's inhaltsreichem Werke nicht scheiden, ohne dasselbe, als eine mit umfassender Gelehrsamkeit, ungewöhnlicher Unparteilichkeit und bedeutendem Scharfsinn, dabei lichtvoll und elegant geschriebene Darstellung socialer und oekonomischer Zeit- und Streitfragen, sowol den Fachgenossen, als auch dem gebildeten Publicum bestens zu empfelen.

C. Menger.

Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht, door Mr. G. A. van Hamel. Eerste deel, 1e Stuk. — Haarlem, De Erven F. Bohn; 's-Gravenhage, Gebr. Belinfante, 1889.

Eene bespreking van bovengenoemd werk, voor zoover het thans is verschenen, waartoe ik door de Redactie van dit tijdschrift werd uitgenoodigd, kan uit den aard der zaak niet meer zijn dan eene aankondiging, nu nog slechts kennis genomen kan worden van de Inleiding, welke niet anders dan het begrip en den filosofischen grondslag van het strafrecht en de ontwikkeling van het Nederlandsche Strafrecht, en zulks in beknopten vorm, bevat.

Het werk is in de eerste plaats bestemd om te dienen als basis voor het universitair onderwijs, en schijnt volgens het voorbericht den studeerenden tot voorbereiding van dat onderwijs te moeten strekken.

In hoeverre het als zoodanig werkelijk bruikbaar is, kan meest bevoegdelijk beoordeeld worden door hen, die nog het universitair onderwijs genieten of daarvan nog zeer versche herinnering hebben, of wel die zelve dat onderwijs geven.

De vraag of het overal gelijken tred houdt met het bevattingsvermogen der eerstbeginnende beoefenaars van het strafrecht moet ik dan ook aan de beantwoording door meer bevoegden overlaten. Mij kwam het voor, dat met name in het wijsgeerige gedeelte de trouwens noodzakelijke kortheid van uiteenzetting wel eens afbreuk kan doen aan de bevattelijkheid.

Het werk zal echter ook buiten de Universiteit zijne lezers vinden: voor practici, die zich niet dagelijks met het wijsgeerige strafrecht bezighouden, bevat de Inleiding eene zeer nuttige en steeds in aangenamen vorm ingekleede herinnering aan de grondslagen van dat recht.

De zuiverheid van stijl laat m. i. hier en daar te wenschen over; bepaaldelijk de beeldspraak is niet altijd gelukkig gekozen. Zoo wordt op bladz. 8 de stelling, dat de regeling van andere dan strafrechtelijke gevolgen van overtreding van rechtsvoorschriften niet tot het eigenlijke strafrecht behoort, hoewel daarmede in nauw verband staande, uitgedrukt in de volgende noch duidelijke noch juiste bewoordingen: „In zoover er geen sprake „is van de grenzen waarbinnen aan overtreding van rechts„voorschriften *straf* verbonden is, behoort de regeling van de „rechtsgevolgen dier overtredingen niet binnen het gebied van „het strafrecht, hoe nauw dat gebied ook aan het daarom heen„liggende grenst“; terwijl dan in éénen adem de strafrechtswetenschap, bij een kanon vergeleken, gezegd wordt een deel van het omliggende gebied te bestrijken.

De schrijver ontwikkelt kortelijk eene eigene strafrechtstheorie, die, wat de conclusiën aangaat, mij voorkomt niet veel te verschillen van andere nieuwere theorieën; trouwens bij den huidigen stand der wetenschap kan allerminst van elken beoefenaar het openen van nieuwe gezichtspunten verwacht worden. Schrijvers conclusiën zullen dan ook wel vrij algemeen worden onderschreven.

Ik heb echter niet geheel vrede gevonden bij de toelichting.

In de eerste plaats schijnt het, alsof met zekere verlegenheid

naar eene theorie gezocht wordt, omdat die er nu eenmaal wezen moet. Misschien ligt het aan zekere onjuistheid van uitdrukking; maar uit hetgeen op blz. 35, boven, voorkomt: „Dit feit“ (nl. dat het beginsel *wie lijden doet lijden moet* toch eigenlijk vastgeworteld is in het algemeene rechtsbewustzijn) „moet verklaard „en met de door het verstand gestelde practische noodzakelijkheid „van de straf in zoodanig verband gebracht worden, dat beide „uit *ééne zelfde wijsgeerige gedachte* voortvloeien“, verkrijgt men den indruk alsof de feiten naar de theorie geplooid moeten worden, in plaats dat de wijsgeerige basis uit de feiten wordt onderkend.

Dan is het mij niet helder, hoe „bij de tempering der wraak „en de opkomst der publiek-rechtelijke straffen zich die onbewuste „drang“ (de drang naar zelfbehoud die op het voorbeeld van anderen als eigenlijke grondslag van de wraak wordt voorgesteld) „meer en meer ontwikkelt tot een *bewust streven* naar een wel „voorgesteld *doel* van dezelfde beteekenis, bewaring van den „rechtsvrede, beveiliging van de rechtsbelangen“.

Mij dunkt, dat de hier aangeduide ontwikkeling van het strafrecht niet naast de ontwikkeling tot een bewust streven staat, maar dat zij òf daarmede identiek is, òf het gevolg van de laatste. Zooals het hier wordt voorgesteld, zoude zij niet zijn het gevolg, maar de voorloopster van de zuivering van het rechtsbewustzijn.

De verklaring hiervan ligt misschien in de adhaesie, door Schrijver op strafrechtelijk gebied geschonken aan de theorie, dat de begrippen omtrent hetgeen behoort te geschieden zich vormen naar hetgeen men voortdurend ziet geschieden, eene theorie waarvan ik tot nu toe de juistheid niet heb leeren inzien, omdat zij, naar mij voorkomt, elke wijziging van begrippen onverklaard, evenzeer als zij het ontstaan van het eerste rechtsbegrip in het duister laat.

Dat opeenvolging van feiten het rechtsbegrip deed ontstaan, verklaart niet de regelmatige opeenvolging zelve: waaraan heeft deze dan haar ontstaan te danken? Toch zeker niet aan toeval, aan willekeur. Juist de continuïteit moet aan hooger oorzaak doen denken, en die kan dunkt mij slechts het rechtsbewustzijn wezen.

Evenzoo kan een gewijzigd inzicht in het doel en den rechtsgrond der straf en daarmede in de rechtvaardigheid eener bepaalde straf niet het gevolg, maar moet het de oorzaak zijn van eene gewijzigde strafbedreiging en straftoepassing, die immers anders zonder grond zijn zou.

Mijn bestek laat evenmin als mijne krachten toe, hier eene andere beschouwing tegenover die des schrijvers te stellen: ik bepaal mij alzoo tot de voorafgaande losse opmerkingen.

Tot de waarde van het werk in zijn geheel doen ze zeker niet af.

NOYON.

Dr. A. MENGER, das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. — Tübingen, H. Laupp, 1890. — 156 bl.

De Schr. heeft zich in dit opstel, dat oorspronkelijk in het *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* van H. Braun is verschenen, tot taak gesteld na te gaan of in het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk voldoende rekening is gehouden met de belangen der niet-bezittenden, d. w. z. de belangen van de meerderheid van het volk. Hij stelt zich bij zijne critiek op het standpunt dat behoud van den bijzonderen eigendom, van het erfrecht en van de vrijheid om zich te verbinden, althans als regel, wenschelijk is, daarmede de grondstellingen aanvaardende, waarop het burgerlijk recht in alle beschaafde landen rust.

In vier afdeelingen (de 2de — de 5de) staat Schr. achtereenvolgens stil bij het familie-, het zaken-, het verbintenissen- en het erfrecht van het Ontwerp, terwijl in eene eerste afdeeling eenige algemeene beschouwingen voorafgaan. Overal vindt Schr. stof tot scherpe critiek, daarnaast geen enkel woord van waardeering. Maar door de bank verdient toch, wat door hem wordt te berde gebracht, ernstige overweging. Menige behartigingswaardige, al zij het dan ook niet altijd nieuwe opmerking troffen wij aan; de voorgestelde conclusies beamen wij voor het meerendeel en zouden wij gaarne door iederen wetgever in hoofdzaak tot de zijne gemaakt zien.

Wat de Schr. tegen het onzalige dogma van de lijdelijkheid des rechters inbrengt, verdient bijv. volle instemming. De door hem voorgestane regeling van het huwelijksgoederenrecht is reeds de regeling van het Ned. Burgerlijk Wetboek. In zijn optreden voor de rechten der onechte kinderen volgt hij de vele juristen, die herhaaldelijk den regel: dat het onderzoek naar het vaderschap verboden is, zoo hier als elders als onzedelijk en onrecht-

vaardig hebben gebrandmerkt. In de afdeeling van het zakenrecht stippen wij aan de bestrijding van het zg. „abstracte dingliche Vertrag“, evenals het „abstracte obligatorische Vertrag“ een onding, dat reeds van verschillende zijden critiek heeft uitgelokt.

De bespreking van het verbintenissenrecht is, nevens een aanval op het dogma der contractsvrijheid, in hoofdzaak gewijd aan de huur van diensten en aan den „zorgvuldigen huisvader“. Wat de huur van diensten betreft, verdedigt Menger de leer van Sainctelette, althans eene daarmede vrij wel overeenstemmende leer. De voorstellen waarin hij ten slotte zijne denkbeelden formuleert, komen ons in het algemeen juist voor. Daarentegen kunnen wij in het geding van den „wakkeren mensch“ tegen den „zorgvuldigen huisvader“ niet veel meer dan een woordenkwestie zien. De laatste afdeeling, aan het erfrecht gewijd, geeft den Schr. gelegenheid tegen de fideicommissen en het *Anerbenrecht*, en voor de beperking van de wettelijke erfopvolging op te treden.

De rijke inhoud van Menger's boek is hiermede allerminst volledig weergegeven, slechts de hoofdpunten werden aangestipt. Maar niet alleen om deze, ook om de details verdient het dubbel en dwars gelezen te worden, gelezen en overwogen vooral door hen, die tot hervorming van het burgerlijke recht geroepen zijn mede te werken.

Maar juist om dit ons oordeel over den zakelijken inhoud van Menger's brochure en omdat wij in zoo menig opzicht het met hem eens zijn, mogen wij een protest tegen den vorm, tegen de wijze van behandeling niet achterwege laten. De toon van kregele verdachtmaking, waarin het boekje doorloopend is geschreven, schijnt allerminst de meest geschikte voor de behandeling juist van dit onderwerp; pleitbezorgers als Menger moesten zich daarvan voor alles onthouden. Ook hinderen den lezer de barre eenzijdigheid, de schromelijke overdrijving en de krasse vooringenomenheid, die telkens en telkens voor den dag komen. Mag men den Schrijver gelooven, of liever afgaan op den indruk die zijn schrijven maakt, dan hebben alle onwettige kinderen een rijken man tot vader en eene misleide arme vrouw tot moeder, dan zijn onder „de opperste tienduizend“ geen moeders te vinden, die niet uit luiheid, ijdelheid of ingebeeldheid hunne eerste moederplichten verzaken. Hier en daar is de schrijver bovendien meer dan oppervlakkig, zoo waar hij (bl. 79 vlg.) over het wisselrecht spreekt of (bl. 144) het *Anerbenrecht* behandelt. Het *Anerbenrecht* stelt hij voor als eene uitvinding bestemd om ten nadeele van

den kleinen boer aristocratische belangen te dienen. Oppervlakkiger en onjuister oordeel over het doel der instelling is d. m. niet wel mogelijk.

Niet duidelijk is mij ook de telkens herhaalde tegenstelling tusschen de „rein *juristische* Auffassung", waarvan het Ontwerp, dat de Schr. bestrijdt, de vrucht zou zijn, en de methode die let op de economische en maatschappelijke gevolgen van een voor te stellen rechtsregel. Het is mij altijd voorgekomen dat zuiver *juridisch* alleen die methode van wetgeving is, die, in het oog houdende dat ieder rechtsregel is een levensregel voor de maatschappij, de maatschappelijke beteekenis van den te stellen regel voor alles nagaat en die de regels kiest juist met het oog op hun portée voor het maatschappelijk leven. Een „Professor der Rechte" behoorde zich aan zoo groote miskenning der rechtswetenschap niet schuldig te maken. Indien de ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk vaak mistastten, is dat juist te wijten aan een *onjuridisch* dogmatisme. Stuitend is ook het herhaalde beroep dat de Schr. doet op de macht der niet-bezittende klassen, maar toch eigenlijk weer niet te verwonderen van iemand die in het recht niet anders ziet dan een machtsquaestie.

Verdient onverdeelde toejuiching des Schrijvers pogen om in „die Abgründe und Schlupfwinkel" van het privaatrecht zijn licht te laten schijnen, dat het licht door hem ontstoken vaak zoo valsch is van kleur, is voor de zaak die hij voorstaat in hooge mate te betreuren.

MOLENGRAAFF.

De beperkte aansprakelijkheid van den schuldenaar in het hedendaagsche en in het oude zeerecht, door Dr. C. P. Burger Jr. — Academisch Proefschrift. — Leiden, S. C. van Doesburgh, 1889.

Bekend is de onderscheiding van *fortune de mer* en *fortune de terre*, door de schrijvers over zeerecht gemaakt en als het leidende beginsel der wetgeving beschouwd; het eerste kunnen zij, die zich met den zeehandel bezighouden, daardoor verliezen, het tweede wordt er niet door bedreigd. m. a. w. men kan niet meer door de zee verliezen, dan men aan haar toevertrouwt.

De heer Burger, doctor in de classieke letteren, wijst in de Inleiding van zijn proefschrift tot verkrijging van denzelfden graad

in de rechtswetenschap, op het zonderlinge verschijnsel, dat dit beginsel nog door niemand een nader onderzoek is waardig gekeurd en dat verschillende schrijvers er zich dan eerst op beroepen, wanneer andere verklaringen dier beperkte aansprakelijkheid hen in den steek laten. Hij beschouwt dat zoogenaamde beginsel als eene phrase, en door historisch onderzoek moet aan het licht gebracht worden, welk ander beginsel aan die wetsbepalingen ten grondslag ligt, nadat men eerst den inhoud daarvan heeft vastgesteld en het onderlinge verband overal, waar dat bestaat, heeft aangetoond.

Hij stelt zich voor, deze omvangrijke stof, al is het met zekere zelfbeperking, in vier hoofdstukken te behandelen; het eerste is gewijd aan een overzicht van het bestaande Nederl. recht; het tweede behandelt het Grieksche en Romeinsche recht; het derde het recht der Middeleeuwen maar met beperking tot het Pseudo-Rhodische recht; in het vierde geeft de Schr. het resultaat van zijn onderzoek.

Rechtvaardiging van zijne methode, om n.l. aan het historisch gedeelte eerst eene tweede plaats toe te kennen in plaats van dit aan het systematische te doen voorafgaan, tracht de Schr. te geven op blz. 96 vlg.; de kennis der bepalingen van de hedendaagsche wetgeving moest hem n.l. in staat stellen tot eene onpartijdige studie van het oude recht; het dwangbuis der Romeinsche rechtsbeschouwing moest eerst afgelegd worden; door de van het Romeinsche recht afwijkende bepalingen in het oog te vatten geraakte hij daartoe in staat en ontliep hij het gevaar, dat reeds zoo menigeen deed struikelen, van in het Romeinsche keurslijf te willen snoeren, wat juist door de weerbarstige handelsgebruiken daarbuiten was gehouden.

In het eerste hoofdstuk behandelt nu de Schr. achtereenvolgens de verschillende verbintenissen van het zeerecht, waar beperkte aansprakelijkheid bestaat: bodemerij; huur van schipper en schepelingen; handelingen van boekhouder, schipper en schepelingen, waarvoor de reeder aansprakelijk is behoudens abandon; het bevrachtingscontract, waarbij tevens de werping behandeld wordt; aanvaring. Hij wijst op de overal aangenomen beperkte aansprakelijkheid, die als regel zal moeten beschouwd worden, waarnaast de onbeperkte aansprakelijkheid voor eigen persoonlijke handelingen van den reeder als uitzondering staat. Bij de bodemerij keurt hij het af, dat de wetgever deze onder de kanscontracten heeft opgenomen; daar de bedoeling moet zijn geweest alleen de eigenlijke kanscontracten in art. 1811

B. W. op te nemen, dat zijn die, waarbij de onzekerheid de naaste grond der verbintenis is, zou de bodemerij daar niet behooren, wijl de leening hier die naaste grond is en de kans slechts een bijkomend element, dat de bodemerij met de andere zeecontracten gemeen heeft. Ik kan mij hierin niet geheel met den Schr. vereenigen; al neemt men het door den Schr. gezegde als de bedoeling des wetgevers aan, en niet, zooals wij bij Voorduin lezen, de bedoeling om alleen de voornaamste kanscontracten op te nemen, dan moeten we toch in aanmerking nemen, dat de wet ook de vrijwillige bodemerij regelt, en bij deze stond toch steeds de overneming van het gevaar evenals bij de verzekering op den voorgrond. Wat art. 452 W. v. K. betreft, geloof ik ook niet, dat het de bedoeling van den wetgever is, de daar genoemde exceptie, n.l. dat de schipper het niet heeft kunnen verhinderen, ook aan den reeder tegenover de inladers te geven; men vond het oorspronkelijke artikel, dat die exceptie niet gaf, te hard voor den schipper, niet voor den reeder.

Door de behandeling van de werping tegelijk met de bevrachting heeft de Schr. zich tot eene stelling laten verleiden, die bepaald onjuist is, dat n.l. wegens de geworpen goederen de eigenaar eene actie heeft tegen den schipper en dat deze zich op de andere inladers verhaalt; hij beroept zich daarbij op art. 345*b* W. v. K. Maar is werping dan geen overmacht? De schipper is er immers toe verplicht. Alleen uit kracht van uitdrukkelijke wetsbepaling, zooals we die in 't Rom. recht vinden en die misschien op zeer practische motieven rust, kan die rechtsverhouding ontstaan; artt. 487—490 noch art. 724 W. v. K. verleenen die actie; nu bestaan acties tusschen hen, aan wie de wet de verplichting tot bijdragen oplegt. Omtrent art. 373 verdedigt de Schr. m. i. op goede gronden de meening, dat hier ook de aansprakelijkheid beperkt is tot schip en vracht. De Schr. gaat dan over tot de behandeling van de voorrechten van den eersten titel van het tweede boek; hij wijst er op, hoe de privileges van art. 313 bijna alle betrekking hebben op de onderneming, maar deze dan ook bijna geheel omvatten, terwijl de meeste eveneens zijn beperkt tot schip en vracht; artt. 349 en 351 vullen dit aan, waar echter het voorrecht ook aan de vracht wordt verbonden. Deze beide eigenaardigheden, het voorrecht en de beperking tot het schip, verklaart de Schr. door het aannemen van een afzonderlijken scheepsboedel, afgescheiden van het overige vermogen; deze behoort aan die crediteuren, maar verder strekt hun recht zich ook niet uit; daarom gaan die voorrechten boven de pandbrieven van art. 315, die

misschien met de onderneming niets te maken hebben; daarom hadden ook die van art. 318 met die van art. 313 vereenigd moeten zijn; daarom blijven ze er op rusten, al gaat het schip in andere handen over.

De beperkte aansprakelijkheid van de bevrachters voor avarij-, vracht-, hulp- en bergloon wordt verder behandeld.

In het tweede hoofdstuk gaat de heer Burger na, wat wij in de redevoeringen van Demosthenes vinden omtrent den τόκος ναυτικός; wat omtrent het *foenus nauticum* in de Romeinsche rechtsbronnen. Hij bespreekt verder het Romeinsche avarijrecht. Hierbij is het jammer, dat de Schr. klaarblijkelijk niet heeft gekend de verhandeling van prof. Goldschmidt in *Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht*, dl. XXXV, bl. 37—90, 321—395: *Lex Rhodia und Agermanament*, waarin de geleerde schrijver de onjuistheid aantoont van de verplichte raadpleging van den scheepsraad voor het bestaan van avarij-grosse in het tegenwoordige recht. Hij had dan hoogst waarschijnlijk in l. 2 § 1 D. de lege Rhodia de gewone lezing, die door de Basilica wordt bevestigd, behouden. De *actio exercitoria*, het *receptum*, de *actiones quasi ex delicto* worden verder besproken, alsmede de privileges en het pandrecht op schepen. Het besluit omtrent het Rom. recht is, dat beperking tot schip en vracht, wat de aansprakelijkheid in het zeerecht betreft, den Romeinen onbekend was, behalve bij bodemerij en avarij; deze hadden de juristen niet aan hunne beginselen kunnen onderwerpen, maar waar hun dit mogelijk was geweest, lieten zij geene beperking toe.

Het belangrijkst gedeelte der dissertatie vormt zeker het derde hoofdstuk, waarin de Schr. den inhoud der zoogenaamde Rhodische Wet aan een nieuw en volledig onderzoek onderwerpt. Hij bestrijdt de meening van Bijnkershoek, als zouden we hier met eene volkomene verdichting te doen hebben; hij beschouwt ze integendeel als een der gewichtigste documenten voor de kennis van het toenmalige zeerecht. Wat den oorsprong betreft, vereenigt hij zich, al is het niet zonder eenige bedenking, met Zachariä von Lingenthal, die ze als eene wet der Isaurische Keizers uit de 8e eeuw beschouwt. Ook hierbij zou de lezing van Goldschmidt's opstel onzen Schr. zeker zijn te stade gekomen. De geheele wet wordt systematisch door hem behandeld, waarbij hij dikwijls van de door Pardessus gegeven lezing afwijkt. Goldschmidt houdt zich volkomen aan Pardessus; de conjecturen van den Schr. hebben daarom te meer beteekenis; eenige keeren volgt hij daarin Vinnius' com-

mentaar op Peckius. O. a. doet hij dit in art. 9 van het derde gedeelte, waar staat, dat de schipper, als hij over werping wil raadplegen, de passagiers moet hooren, „οἷς χρήματά ἐστιν ἐν τῷ πλοίῳ", en meent, dat χρήματα niet moet vertaald worden door „de goederen", zooals Pardessus doet, maar door „geld"; m. i. geeft dit echter geen goeden zin; waarom zou er onderscheid gemaakt zijn tusschen de passagiers, die geld, en die, welke andere goederen op het schip hadden? Vertaalt men het eenvoudig door „goederen" en laat men het lidwoord weg, dat er immers in 't Grieksch ook niet staat, dan verstaat men er onder niet alleen de kooplieden, zooals Pardessus, maar allen, die hun goed, waarin dat dan ook bestond, op het schip hadden. Met zeer veel zorg worden de belangrijke artikelen door den Schr. ontleed. Hij bespreekt daarbij de κοινωνία als eene maatschap tusschen allen, die bij de onderneming belang hadden; om de bevrachters daartoe te doen behooren, was een uitdrukkelijk beding noodig, de wet beschouwt als regel, dat zij een gewoon bevrachtingscontract aangaan. De Schr. meent nu, dat oorspronkelijk, dus vóór deze wet, ook voor de bevrachters het gewone contract was een toetreden tot deze κοινωνία, waarvan hij als sporen in die wet nog aantoont de omstandigheid, dat ook de eenvoudige avarij door allen te zamen werd gedragen, dat bij aanvaring, evenals volgens ons art. 540 W. v. K., ook de lading de schade mee vergoedde; onder den invloed van het Rom. recht zou de bevrachter de voorkeur hebben gegeven aan eene *locatio conductio* en uit de *societas* zijn getreden. De stelling van schipper en schepelingen wordt verder besproken, van den geldschieter, die ook niet als bodemerijgever maar als vennoot optreedt; Goldschmidt wijst er op, hoe wij hier de eerste bepaalde vermelding van de latere *commenda* hebben. De Schr. ziet ten slotte in de lex Rhodia, waar bijna altijd van verbintenissen van het schip, niet van den schipper, wordt gesproken, het beginsel der beperkte aansprakelijkheid in het zeerecht.

Aldus heb ik getracht den rijken inhoud van dit proefschrift weer te geven; er resten alleen nog de resultaten, waartoe de Schr. komt. Ten eerste in verband met dit Rhodische recht houdt hij, in tegenstelling met Wagner, den gemeenschapsvorm in de zeecontracten voor den oudsten vorm, zelfs ouder dan het classieke recht; het Romeinsche recht heeft dezen vorm overal behalve in de bodemerij en avarij verdrongen; de lex Rhodia, die de Romeinen kenden, bevatte veel meer, maar werd door de juristen buiten toepassing gelaten; later heeft men zich meer losgemaakt

van het Rom. Recht en den ouden vorm gekozen, terwijl men zich bij het bevrachtingscontract aan het Rom. recht hield. Ik acht nu met Wagner hiermede in de eerste plaats in strijd de ontwikkeling, die het zeerecht en de handel in 't algemeen in de 10e en volgende eeuwen ons toonen, toen n. l. het gemeenschapsprincipe veel meer, vooral in de *colonna* der *tabula Amalfitana*, op den voorgrond treedt; wat wij in de Rhodische wet daaromtrent zien, is nog slechts een begin daarvan. Maar in de tweede plaats is eene juiste beschouwing van de Rom. rechtsbronnen in strijd met die opvatting; de Schr. is met wantrouwen tegen de Rom. juristen vervuld; hij spreekt van hunne rechtswetenschap, die zich moet schikken naar de gebruiken, hun rechtssysteem, waarmee ze deze in overeenstemming moesten brengen; elders spreekt hij van worsteling tusschen wetenschap en practijk en meent, dat de werken der juristen geen zuivere bron zijn voor het zeerecht der practijk. Deze beschouwing is volkomen onjuist; de Rom. rechtsbronnen konden zich immers door den aard hunner samenstelling meer dan eenige andere wetgeving aan de practijk aansluiten en dat zij dit deden, betwist wel bijna niemand. De onderhavige materie toont dit nog aan; hoe wil men het principe der avarij-grosse beter uitdrukken, dan Paulus het doet in l. 1 en 2 pr. i. f. D. de lege Rhodia? en de beslissingen in bijzondere gevallen getuigen niet alleen van hunne kunstvaardigheid, maar ook van hun practischen blik, b. v. l. 4 § 1 h. t., die mij bepaald juister voorkomt dan ons art. 734 al. 2 W. v. K. Maar de Schr. heeft immers zelf met zorg de Rom. bronnen geraadpleegd en daarom moeten wij ons te meer over zijne eigenaardige opvatting verwonderen. Had de zeehandel in dien tijd plaats gevonden, zooals hij meent, wij zouden daarvan de getuigenis in de bronnen hebben gevonden; de juristen hadden dit niet kunnen noch willen ignoreeren. Dat het vóór dien tijd bij Phoeniciërs en andere volken het geval was, is natuurlijk mogelijk; wij weten dat niet.

Wat echter de hoofdstrekking van des Schr.'s betoog betreft, dit is, dat de zelfstandigheid van het scheepsvermogen, het eerst ons blijkende uit het Rhodische recht, zich steeds heeft gehandhaafd en ook aan de hedendaagsche wetgeving ten grondslag ligt. Dit is zeker, het Rom. recht met zijne *actio exercitoria* kende die niet; al kende het andere gevallen van beperkte aansprakelijkheid, die wij niet hebben, b. v. de *actio noxalis de pauperie*, in het zeerecht kende het die niet. De Schr. wil daarom aan het schip het karakter van een rechtspersoon toekennen en bestrijdt

v. **Ehrenberg**, die op verschillende gronden dat karakter aan het schip ontzegt. Het is volgens den Schr. een georganiseerd lichaam met een juist aangewezen economisch doel; door den wetgever is een bepaald persoon aangewezen, bevoegd om in en buiten rechte voor het schip te handelen; analogie met andere rechtspersonen als de naamlooze vennootschap is niet te miskennen. Den oorsprong moeten wij echter niet zoeken in eene constructie van rechtsgeleerden, maar in eene populaire rechtsopvatting; dit is de *verpersoonlijking* van het schip; de Schr. wijst daarbij nog op sagen, uitdrukkingen en spreekwijzen, waar deze personificatie gehuldigd wordt. Wil de Schr. nu werkelijk deze populaire rechtsopvatting in de wet gesanctionneerd zien, door de verklaring van het schip tot rechtspersoon?

Ofschoon wij het uit zijne woorden zouden opmaken, de consequenties daarvan moeten hem echter m. i. doen terug schrikken. Zoodra het schip in andere handen was, zou de vroegere eigenaar dan toch volkomen bevrijd zijn; de persoonlijke aansprakelijkheid van den schipper, den vertegenwoordiger, dien hij bedoelt, zou geheel verdwijnen. De wetgever zou zoo verder gaan dan de handel verlangt en zijn doel voorbijstreven. Dat echter het schip eenige gelijkenis met een rechtspersoon vertoont valt niet te loochenen; maar ook hiervan dient de ratio onderzocht, ook al nam men de volkomen rechtspersoonlijkheid aan; want deze voorstelling kan niet op willekeur berusten, niet op eene populaire rechtsopvatting, die een redelijken grondslag mist; gaat men nu hiertoe over, dan kan men m. i. dit niet anders verklaren, dan door het beginsel, dat de Schr. zich voorstelde te bestrijden, n. l. dat het bedrijf van den reeder meebracht en nog meebrengt, dat hij niet meer door de zee kan verliezen dan dat gedeelte van zijn vermogen dat hij aan hare gevaren blootstelt; en niet alleen het bedrijf van den reeder, maar ook van anderen, die aan den zeehandel deelnemen. Vandaar de beperkte aansprakelijkheid en als equivalent daarvoor het voorrecht op dat vermogen, welk voorrecht niet door willekeurige handelingen van den verbondene mag verloren gaan. Trachtte men dit doel vroeger door associatie te bereiken, de wetgever heeft dit door speciale bepalingen gedaan en zal dit moeten doen, zoolang het belang van het verkeer het eischt. De Schr. geeft voorzeker behartigenswaardige opmerkingen tot eene meer consequente regeling. Het gevolg hiervan is nu voorzeker, dat het scheepsvermogen eenigszins een afzonderlijk bestaan verkrijgt.

Na het voorafgaande is het bijna onnoodig te getuigen, dat

aan dit proefschrift zoowel wat quantiteit als wat qualiteit betreft eene eerste plaats toekomt; de behandeling der Rhodische wet is eene bijdrage tot de kennis van het oude zeerecht, die op ieders waardeering aanspraak kan maken. De qualiteit van den Schr. als doctor in de classieke letteren, doet ons zijne conjecturen met des te meer vertrouwen volgen. Op dat gebied kunnen door hem nog vele diensten aan de wetenschap bewezen worden, maar een eerste vereischte daarvoor is zeker het breken met vooroordeelen. De Schr. mag gerust aannemen, dat de studie der Rom. rechtsbronnen geen knellende banden aanlegt, veeleer het rechtsbewustzijn eene vrije ontwikkeling schenkt, gelijken tred houdende met de maatschappelijke behoeften.

Hilversum, Januari 1890.

P. A. Tichelaar.

G. A. RUIZ, dello stato di assedio politico, 1889. — 51 blz.

De Schrijver, hoogleeraar te Napels, behandelt in dit goed geschreven opstel, verschenen in de *Enciclopedia Giuridica Italiana*, dl. 1, afd. 4, zaakrijk en duidelijk den politieken staat van beleg (d w. z. den staat van beleg buiten het geval van oorlog), en wel in vier hoofdstukken, waarin achtereenvolgens besproken worden de aard van den politieken staat van beleg en de gevallen waarin hij kan worden toegepast; de grenzen die aan deze opheffing van grondwettige rechten gesteld moeten worden; de toepassingen die de staat van beleg in Italië in de jaren 1848 en volgende heeft gevonden; en de verantwoordelijkheid, die van den politieken staat van beleg voor bepaalde ambtenaren, in de eerste plaats voor de Ministers, het gevolg kan zijn.

Van de niet-Italiaansche wetgevingen en literatuur is de heer Ruiz goed op de hoogte.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Frankrijk — De afgevaardigde Maurice Faure heeft op 14 Febr. l.l. bij de Kamer van Afgevaardigden een voorstel aanhangig gemaakt, strekkende om de vrijheid van de gerechtelijke verdediging uit te breiden. Het voorstel luidt: „Eenig Artikel. Bij de Rechtbanken van eersten aanleg en bij de hoven van appèl kunnen de partijen hunne beschouwingen voordragen hetzij in persoon of bij gemachtigde. Niemand mag voor deze rechtscolleges pleiten, tenzij de partij, op de zitting tegenwoordig, dit vergunt, of hij voorzien is van eene bijzondere machtiging. Deze machtiging, die gegeven kan worden aan den voet van het origineel of van het afschrift der dagvaarding, zal aan den griffier worden vertoond en door dezen zonder kosten voor gezien worden geteekend.“ De bedoeling is, om hetgeen thans geldt voor het proces bij de administratieve en handelsgerechten, alsmede bij den kantonrechter, ook tot de burgerlijke rechtspleging uit te strekken. Alleen om de zaak niet te compliceeren, heeft de voorsteller de procedure bij den Hoogen Raad en bij den Raad van State onaangeroerd gelaten.

Bij de Kamer van Afgevaardigden is een wetsontwerp ingediend, waarvan het eenige artikel aldus luidt:

Wanneer financiëele lichamen of instellingen (sociétés et établissements financiers) zijn voortgegaan met het betalen van renten of dividenden van effecten, aflosbaar gesteld bij uitloting, kunnen zij het aldus betaalde niet terugvorderen, als het effect ter aflossing wordt aangeboden.

Het ontwerp heeft ten doel een einde te maken aan de ook in het *Rechtsgeleerd Magazijn* reeds meermalen gesignaleerde en, althans in Frankrijk, door de jurisprudentie als wettig erkende practijk der emissiehuizen, om bij de aflossing van effecten de na de aflosbaarstelling verschenen en betaalde renten te korten.

Men verg. *Rechtsgel. Magazijn*, jg. 1886 (dl. 5), bl. 273 v., jg. 1888 (dl. 7), bl. 134, en jg. 1889 (dl. 8), bl. 624.

België — Onder de wetten, in 1889 tot stand gekomen, verdienen bijzondere vermelding:

de wet van 30 Juli 1889, regelende de *pro deo* procedure en den kosteloozen rechtsbijstand in burgerlijke en strafzaken;

de wet van 31 Juli 1889, regelende de inrichting, de bevoegdheid van en de wijze van procedeeren bij de *conseils de prudhommes;*

de wet van 13 Dec. 1889, over den arbeid van vrouwen, jongelieden en kinderen in inrichtingen van nijverheid.

De heer V. Jacobs heeft bij de Kamer van Afgevaardigden een wetsontwerp ingediend tot wijziging van art. 568 van den Code de comm. handelende over reclame bij faillissement van den kooper. In het tweede lid van dit artikel wordt bepaald, dat het recht van reclame des verkoopers vervalt, als de goederen onderweg te goeder trouw door den kooper verkocht zijn *op facturen en* op cognossementen of vrachtbrieven *door den afzender geteekend*, een voorschrift nagenoeg gelijkluidend met art. 238 al. 1 van ons Wetb. van Kooph. De voorsteller wil de gecursiveerde woorden laten vervallen, zoodat verkoop alleen op cognossementen of vrachtbrieven voldoende zal zijn om aan het reclame-recht een einde te maken.

Tevens wenscht hij aan het artikel een derde lid toe te voegen, luidende: de verkooper, die terugvordert, moet de rechten eerbiedigen van den schuldeischer aan wien het cognossement of de vrachtbrief verpand is. Omtrent de vraag, of tegenover den reclameerenden verkooper de pandhouder van het cognossement of van den vrachtbrief gelijk staat met een pandhouder van de goederen zelve, loopen in België de gevoelens van de schrijvers en van de rechtscolleges uiteen. Aan dien strijd wil de voorsteller ten gunste van den pandhouder een einde gemaakt zien.

Bij een daartoe strekkend wetsontwerp heeft de regeering voorgesteld den wettelijken rentevoet (in burgerlijke zaken 5 %, in handelszaken 6 %) met een half percent te verminderen.

B. Diversa.

Mr. S. KATZ †.

De treurige epidemie, die in den afgeloopen winter ook hier te lande zoovele slachtoffers maakte, ontrukte den 17den Januari

in den bloei des levens aan zijn huisgezin en aan zoo menigen kring, waarin hij zijn licht deed schijnen, Mr. S. **Katz**, den bij tal van rechtzoekenden ook over de grenzen welbekenden Amsterdamschen advocaat, die door zijn eigenaardig schitterend talent van spreken en zijne groote scherpzinnigheid vooral als pleiter in strafzaken groote vermaardheid had verworven. **Katz** was een *self-made man;* te Zalt-Bommel in 1845 geboren, wist hij zich, onder voor de studie ongunstige materiëele omstandigheden, met groote energie en rusteloozen ijver aan het Amsterdamsche Athenaeum in de rechtswetenschap te bekwamen. Na zijne promotie te Utrecht op een omvangrijk, in vele opzichten merkwaardig proefschrift over: *Partiëele herziening onzer wetboeken*, dat van groote belezenheid blijkt geeft, vestigde hij zich als advokaat te Amsterdam, waar hij zich alras in een zoo drukke praktijk mocht verheugen, dat hem de tijd, om als rechtsgeleerd schrijver op te treden te eenenmale ontbrak. Toch ging hij in zijn praktijk niet op, want zij, die het voorrecht hadden hem beter te kennen, weten dat er weinigen, althans weinige practici, zijn, die een zoo levendig belang in de wetenschappelijke literatuur stellen en daarvan zich voortdurend zoo goed op de hoogte houden, als hij deed.

Wat hier voorts in het bijzonder vermeld mag worden is het werkzaam aandeel dat hij nam in de stichting van het *Rechtsgeleerd Magazijn*, in welks eerste jaargangen ook eenige bijdragen van zijne hand voorkomen. Niet dan noode trad hij met het einde van den derden jaargang uit de redactie, overstelpt als hij was met allerlei werkzaamheden. Het is hier niet de plaats om te bespreken wat hij deed voor de publieke zaak of hem te schetsen als lid der balie; met weemoed zij hier herdacht de oprichter en oud-redacteur van het *Rechtsgeleerd Magazijn*, de kundige, scherpzinnige jurist, die nog zooveel voor de wetenschap had kunnen praesteeren, indien hij den tijd had mogen beleven, waarop het hem vergund ware geworden zijne drukke praktijk voor een rustiger werkkring te verwisselen. Bij zijne mede-redacteuren, die in moeilijke tijden hebben geleerd zijne medewerking op hoogen prijs te stellen, zijnen juisten scherpen blik en niet alledaagsche kennis te waardeeren, zal zijn aandenken in dankbare herinnering blijven.

Mr. S. J. HINGST †.

Aan de Nederlandsche magistratuur ontviel onlangs een harer meest bekende figuren; den 12 Jan. overleed Mr. Sybrand Jan Hingst, nadat hij, nog weinige dagen te voren, had deelgenomen aan de zitting van den Hoogen Raad. Zijn uitwendige levensloop is ras verteld. Geboren in 1834, verwierf Hingst in 1859 te Utrecht den doctoralen graad, begon weinige jaren later zijne ambtelijke loopbaan als substituut-griffier bij de Amsterdamsche Rechtbank, werd vervolgens rechter in datzelfde college, welke betrekking hij jarenlang vervulde, tot hij, in 1883, tot Raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden werd benoemd. Doch achter deze weinige data en feiten verbergt zich een leven van werkzaamheid ten bate van wetenschap en maatschappij. Toen Hingst als lid van ons hoogste rechtscollege werd geïnstalleerd, kon de voorzitter naar waarheid getuigen: „Uwe antecedenten geven U alleszins recht op die hooge onderscheiding. Gij hebt, èn blijkens Uwe vele door den druk gemeen gemaakte rechtsgeleerde geschriften, èn in Uwe 21-jarige ambtelijke loopbaan beantwoord ook aan hoog gespannen verwachtingen". Wat Hingst is geweest voor zijne verwanten en vrienden, wat hij heeft gewrocht in het algemeen belang — o. a. voor de godsdienstige gezindheid, die hij met overtuiging was toegedaan — het ligt niet op onzen weg, dit uiteen te zetten. Wie met hem in aanraking kwam, leerde hem waardeeren. Te dezer plaatse past eene korte herinnering aan hetgeen Hingst heeft gedaan voor de wetenschap van het recht.

Reeds als student gaf hij blijk van zin voor studie, door het beantwoorden eener prijsvraag van de Groningsche rechtsgeleerde faculteit. Zijn opstel, met goud bekroond, verscheen in 1858 onder den titel: *Commentatio de bonorum possessione;* nog heden wordt dit werk alom onder de literatuur over het onderwerp geciteerd. Doch daarmede niet tevreden, zette Hingst zich, ter verkrijging van den doctoralen graad, aan de bewerking van eene andere, niet minder moeilijke stof. Zijn proefschrift heette: *Proeve eener geschiedenis der historische school op het gebied van het privaatrecht in Duitschland.* Gelijk de Schrijver zelf het uitdrukte, gevoelde hij behoefte om „meer in te dringen in een onderwerp, welks kennis onmisbaar is bij de studie der hedendaagsche Duitsche civielrechtsliteratuur". Sedert bleef Hingst onvermoeid werkzaam. Tot bijna alle onderdeelen der rechtswetenschap strekte zijn onderzoek zich uit. In de *Nieuwe Bijdragen v. R. en W.*,

van welker Redactie hij deel uitmaakte, verschenen van zijne hand tal van historische studiën, dogmatische opstellen, overzichten van rechtspraak, boekbeschouwingen, enz. Na de gedaanteverwisseling, die dit tijdschrift in 1885 onderging, werd het zelfs grootendeels door zijne bijdragen gevuld. Had Hingst reeds als lid der Amsterdamsche Rechtbank, waar hij een ruim aandeel had in de drukke werkzaamheden, tijd gevonden tot veelzijdige lectuur en vruchtbare productie, de zetel in den Hoogen Raad schonk hem nog meer gelegenheid, zich aan de geliefkoosde studiën te wijden. Geen onderzoek, hoe omvangrijk ook, schrikte hem af; aan een ander mocht het dor schijnen, voor hem was dit geen beletsel. Welk een arbeid hij zich getroostte om een eens opgevat plan ten uitvoer te brengen, bewijst zijne laatste verhandeling, over het plaatselijk burgerlijk recht in Nederland (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, 1889, bl. 471).

Slechts één bezwaar heeft Hingst niet kunnen overwinnen. Toen Mr. Telting de prijsverhandeling in *Themis*, 1858 (bl. 403—431), uitvoerig besprak, roemde hij des Schrijvers juist oordeel en zijne scherpzinnigheid; hij gewaagde van diens nauwgezette bronnenstudie en bekendheid met de nieuwste literatuur, doch hij kon eene algemeene aanmerking omtrent den vorm niet terughouden: „de gang van des Schrijvers redeneeringen was niet altijd even gemakkelijk te volgen". Achtte de beoordeelaar het mogelijk, dat de Schrijver zich in de moedertaal duidelijker zou hebben uitgedrukt, die verwachting is, jammer genoeg, door de latere geschriften niet verwezenlijkt Was het, dat de Schrijver de opgenomen en overdachte stof nog niet genoeg had verwerkt, of dat hij de gave miste om hetgeen hem helder voor den geest stond, ook klaar en duidelijk uiteen te zetten? Zeker is het, dat de lezer vaak groote moeite had, het betoog te vatten, den gedachtengang te volgen.

Dezelfde grondige kennis, dezelfde liefde voor de rechtswetenschap, die Hingst in zijne geschriften ten toon spreidde, ontwikkelde hij ook in de Juristenvereeniging. Driemalen hielp hij door praeadviezen de behandeling voorbereiden (in 1874, 1881 en 1885); steeds nam hij met warme belangstelling deel aan de discussiën; bij de gezellige bijeenkomsten ontbrak hij nooit; in de vergadering en nog meer daarbuiten, bij het concert of op de wandeling, trachtte hij de jongeren te bezielen met hetzelfde vuur voor de wetenschap, als in hem blaakte. Al beantwoordde ook in de redevoeringen, die Hingst uitsprak, de vorm niet altijd aan den belangrijken inhoud, toch zal in dezen kring, even-

als in zoovele andere, zijn gemis diep worden gevoeld. Zijn beeld blijve bij ons in herinnering, als eene opwekking tot krachtigen arbeid voor de ontwikkeling der wetenschap, als eene aansporing om de liefde tot de studie aan te kweeken ook bij volgende geslachten.

Onder de buitenlandsche rechtsgeleerden van naam, die in den laatsten tijd overleden, vermelden wij:

Joseph v. Held, geboren in 1815, sedert 1841 onafgebroken als hoogleeraar te Würzburg werkzaam, en wel vooral voor de vakken van het publiek recht, alsmede de rechtsphilosophie. Tot zijne voornaamste werken behooren: *System des Verfassungsrechts*, 2 deelen, 1856/1857; *Staat und Gesellschaft*, 3 deelen, 1861/1863; *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, 1868.

James Muirhead, sedert 27 jaren hoogleeraar in het privaatrecht aan de Hoogeschool te Edinburgh Weinigen in Engeland evenaarden hem in kennis van het Romeinsche Recht. Zijn opstel *on Roman Law* in de *Encyclopaedia Britannica* wordt zeer geroemd; het werd in verschillende talen overgezet. Verder gaf hij een editie van Gajus, die als de beste Engelsche leidraad geldt voor het vóór-Justiniaansche recht. Als docent muntte hij bijzonder uit, terwijl hij zich ook als advocaat een groote reputatie verwierf.

In onzen vorigen jaargang (*Rechtsg. Mag.*, 8, bl. 343) maakten wij melding van de in België gerezen vraag, of eene dame kan worden toegelaten, den eed als advocaat af te leggen en op grond daarvan het beroep van pleitbezorger uit te oefenen. Gelijk wij toen mededeelden, beschikte het Hof te Brussel afwijzend op het verzoek van Mej. Popelin. Door den Parijschen hoogleeraar E. Glasson werd deze beslissing bestreden in eene uitvoerige aanteekening bij Dalloz, *Rec. pér.*, 1889, II, bl. 33—36. Ook de bewuste dame legde zich niet bij het arrest neder, maar teekende daartegen cassatie aan. Het mocht haar niet baten. Ondanks de schitterende pleitrede van haren advocaat, besliste het Hof van cassatie, bij arrest van 11 Nov. 1889, in overeenstemming met de conclusie van het O. M., dat door de uitspraak van het Hof geene enkele wet was geschonden. Een uitvoerig verslag van de zaak is te vinden in *La Belgique Judiciaire*, 1890, nrs. 1 en 2.

Het is bekend, dat de Fransche rechtspraak krachtig pleegt op te treden, waar het geldt de oneerlijke concurrentie te bestrijden (zie *Rechtsg. Mag.*, 6, 1887, bl. 415 vlg.). Een onlangs door het Hof van Parijs gewezen arrest (van 3 Januari 1890,

Belg. Jud. 1890, kol. 184 vlg.) levert daarvoor een nieuw en sprekend bewijs. De eischers stelden, dat zij sedert verscheidene jaren, in de rue de la Lune n°. 1, een winkel exploiteeren, die in 1849 door een zekeren Lion is gevestigd en beroemd is voor den verkoop van gebak; dat zij den naam des stichters als uithangbord hebben behouden; dat sedert 1888 de Heer Dupond, naast hun winkel, in n°. 3 van dezelfde straat, een winkel heeft ingericht om daarin hetzelfde bedrijf uit te oefenen; dat deze, om verwarring te doen ontstaan en zich van de clientèle meester te maken, zijn winkel geheel gelijk heeft gemaakt aan den hunnen, en den naam Léon heeft aangenomen, die met Lion gemakkelijk kan worden verwisseld; dat Dupond dezen naam zichtbaar heeft geplaatst aan de voorzijde van zijn winkel met letters van dezelfde grootte en kleur als de door eischers gebruikte. Eischers verlangen op grond van deze feiten, die de kenmerken dragen van oneerlijke concurrentie, dat Dupond zal worden veroordeeld hun eene schadevergoeding te betalen, de woorden *Léon* en *ancienne renommée* te verwijderen, en de inrichting van zijn winkel te veranderen. De Rechtbank van Koophandel der Seine kende eene schadevergoeding toe van 5000 francs, en beval verschillende maatregelen om, voor het vervolg, de verwarring te voorkomen. Het Hof van Appèl achtte noch de schadevergoeding, noch de verordende maatregelen voldoende. Het cijfer der eerste werd op 8000 francs verhoogd, de voorzorgsmaatregelen werden verscherpt. Als een voorbeeld, hoe de Fransche rechter in dezen te werk gaat, vertalen wij hier het vervolg van het arrest:... Het Hof bepaalt, dat Dupond uit zijne firma, uit het uithangbord van zijn winkel, uit zijne brieven, facturen, zakken en andere papieren, die hij in zijn handel gebruikt, zal doen verdwijnen: 1°. de aanduiding *maison principale;* 2°. de vermelding *à la bonne renommée;* verklaart, dat de aanwijzing van den voornaam Léon in de gevallen en op de voorwerpen zooeven genoemd niet anders mag voorkomen dan in letters, minstens de helft kleiner dan die, voor den naam Dupond gebruikt, en in eene kleur, verschillend van die, door de Eischers gebezigd; verklaart verder, dat Dupond de volgende wijzigingen moet aanbrengen aan den voorgevel van zijn etablissement en aan het inwendige en uitwendige voorkomen daarvan: 1°. de spiegelruit wegnemen, die het bovenste deel van den winkel vormt, en zoodanige andere wijze van afsluiting aanbrengen, die niet verward kan worden met die, welke door de Eischers is aangenomen; 2°. de balustrade van koperen pilasters wegnemen,

die aan de binnenzijde van den voorgevel is geplaatst; 3°. de uitwendige kleur van den winkel veranderen en zoodanige andere kleur aannemen, welke niet met die van den winkel der Eischers kan worden verward; 4°. de meisjes, die voor den verkoop zijn aangesteld, voorzien van een costuum, dat geene nabootsing is van dat hetwelk door de Eischers wordt gebruikt, en daarmede volstrekt niet kan worden verward; beveelt, dat deze maatregelen zullen worden uitgevoerd binnen 8 dagen na beteekening van het arrest, op straffe van 100 francs voor iederen dag vertraging....

Terecht wordt in de aanteekening van de *Belgique Judiciaire* gezegd, dat dit arrest bijzonder interessant is, wat de maatregelen betreft, die genomen moeten worden om de oneerlijke concurrentie te doen ophouden.

Het Hof van Appèl te Gent had zich onlangs bezig te houden met de vraag, die ook ten onzent meermalen ter sprake kwam, of de eigenaar van een perceel, dat aan de openbare straat is gelegen, aanspraak heeft op schadeloosstelling, wanneer, ten gevolge van eene verandering der straat, zijn eigendom daalt in bruikbaarheid en in waarde. In verband met den aanleg van twee nieuwe straten, die eene oude doorsneden, bleek verlaging van de laatste noodig. De eischer bezat aan die straat een heerenhuis met stal en koetshuis. Aan de perceelen zelve werd niets veranderd, maar de toegang tot het koetshuis werd moeilijker en gevaarlijker: de straat was niet over hare geheele lengte gelijkmatig verlaagd, maar had juist te dier plaatse eene helling van $^{8}/_{100}$ verkregen; daardoor werden allerlei voorzorgsmaatregelen bij het in- en uitrijden onvermijdelijk en de waarde der bezitting verminderde gevoelig. Te dezer zake kende nu het Hof te Gent (Arrest van 12 Nov. 1889, *Belg. Jud.*, kol. 1585 vlg.) eene schadevergoeding toe van fr. 2500, na vooraf in rekening te hebben gebracht de waardevermeerdering van het perceel ten gevolge van de aangelegde nieuwe werken. Het Hof overwoog, dat het recht van den huiseigenaar op behoud van den bestaanden weg enkel bestaat, voor zoover het voortvloeit uit het feit, dat hij aan dien weg een eigendom heeft liggen; dat dit recht zich moet schikken naar het algemeen belang en zich slechts zoover uitstrekt, als noodzakelijk is voor de integriteit van het perceel; dat dus eene schadevergoeding niet is verschuldigd wanneer de eigenaar alleen kleine onaangenaamheden ondervindt, maar wèl dan, wanneer hem een ernstig nadeel wordt toegebracht dat het genot van zijn

goed onmogelijk, of althans aanmerkelijk moeilijker of bezwarender maakt. Zie nog *Rechtsgel. Mag.*, III, 1884, bl. 639.

De vraag of het den schuldenaar van eene obligatieleening vrijstaat in strijd met het aflossingsplan tot vervroegde aflossing over te gaan, werd door het Hof van Hooger Beroep te Milaan den 22sten Januari 1890 bij een breed gemotiveerd arrest ontkennend beantwoord. Artikel 17 van de voorwaarden eener 6 % obligatieleening der Spoorweg Mij. Nord-Milano luidde: de aflossing der obligaties van 250 lire zal plaats hebben door middel van jaarlijksche en evenredige uitlotingen te houden in de algemeene vergadering en te beginnen met het tiende jaar van den dienst. Blijkens een ander artikel moest de terugbetaling geschieden in een tijdperk van 80 jaren. Het proces ontstond naar aanleiding van het feit dat door de Mij. in een jaar een grooter getal obligatiën werd uitgeloot dan het 80ste gedeelte van het geheele getal. Het Hof overweegt in de eerste plaats dat met jaarlijksche en *evenredige* uitlotingen bedoeld werd: uitloting jaarlijks van een *gelijk* getal obligatiën, dus van een 80ste deel van het geheel. Vervolgens staat het arrest stil bij art. 1175 v. h. Ital. Burg. Wetb., gelijkluidend met art. 1306 Ned. Burg. Wetb. Wat dit punt betreft wordt overwogen dat, waar iemand zich verbindt eene som gelds ter leen te geven gedurende een bepaalden tijd en onder beding van een zekere rente, de tijdsbepaling naar den aard zelf der verbintenis, geacht moet worden in het belang van beide partijen gesteld te zijn. De feitelijke omstandigheden gaven in de onderhavige zaak geen aanleiding iets anders aan te nemen en het goed recht der obligatiehouders op stipte nakoming van de voorwaarden, waaronder de uitgifte der leening had plaats gehad, werd dus erkend.

Het blijkt hieruit dat, ten spijt der practijk, de Utrechtsche rechtbank in hare opvatting van de vraag (zie vonnissen van 6 Juni 1888, W. nº. 5604, en 10 Juli 1889, P. v. J. 1889, nº. 87, Moss ca. de Rijn-Spw. Mij.) geenszins alleen staat. In het belang van de handhaving der goede trouw, ook waar het groote schuldenaren betreft, een heugelijk verschijnsel.

De Internationale criminalistische Vereeniging — wier ledental, blijkens de laatste opgave (*Bulletin*, 2e Jaargang, nº. 1), tot 357 is geklommen — zal hare tweede algemeene vergadering houden te Bern op 12 tot 14 Aug. 1890. De bijeenkomst zal worden geopend door Dr. Louis Ruchonnet, Bondspresident en Hoofd

van het Bondsdepartement van Justitie. Aan de orde gesteld zijn de volgende onderwerpen:

I. Hoe moet in de wet het begrip van de onverbeterlijke gewoontemisdadigers worden bepaald, en welke maatregelen tegen deze groep van misdadigers verdienen aanbeveling?

Praeadviseurs: Prof. E. Ferri te Rome, Prof. F. Leveillé te Parijs, Prof. K. v. Lilienthal te Marburg.

II. *a.* Met welken leeftijd behoort de strafrechtelijke vervolging van jeugdige misdadigers te beginnen?

Praeadviseurs: B. Getz, advocaat te Christiania, en Prof. E. Gauckler te Caen.

b. Behoort het recht van den Staat om het kind in een opvoedingsgesticht te plaatsen afhankelijk te worden gesteld van het begaan van eene strafbare handeling?

Praeadviseurs: v. Moldenhawer, rechter te Warschau, Dr. E. v. Jagemann te Karlsruhe en H. Rollet, advocaat te Parijs.

c. Is het noodig en doelmatig, de behandeling van jeugdige misdadigers te doen afhangen van de omstandigheid, of zij met of zonder oordeel des onderscheids hebben gehandeld?

Praeadviseur: Prof. J. Foinitski te St. Petersburg.

Vraag II kwam reeds voor op de agenda der eerste jaarvergadering, doch werd toen aangehouden (zie hierboven bl. 176). De praeadviezen van Gauckler, Getz, v. Jagemann en v. Moldenhawer zijn in het *Bulletin* verschenen.

III. Kan en moet de wetgeving, in het bijzonder in hare privaatrechtelijke bepalingen, meer dan tot dusver rekening houden met de belangen van dengene, die door de strafbare handeling is benadeeld? Welke middelen kunnen worden aangewend om dit doel te bereiken?

Praeadviseurs: Prof. B. Alimena te Cosenza en Prof. A. Prins te Brussel.

IV. Is verplichte arbeid zonder opsluiting geschikt, om in bepaalde gevallen in de plaats te treden voor korte vrijheidsstraffen?

Praeadviseurs: J. Baumgarten, Advocaat-Generaal te Budapest, en E. Zürcher te Zürich.

De Duitsche leden der Vereeniging zouden op 26 en 27 Maart te Halle hunne eerste Landsvergadering houden. Ter behandeling waren opgegeven: de voorwaardelijke veroordeeling, de recidieve, alsmede de vraag, of de theoretische en practische vorming voor de strafvoltrekking (Psychiatrie, Gevangeniswezen, Kriminalpolitik) behoort te worden opgenomen in den juridischen voorbereidingsdienst. — De Hongaarsche en Zwitsersche Afdee-

lingen der Vereeniging hadden zich reeds vroeger geconstitueerd.

Van het *Centralblatt für Rechtswissenschaft*, waarop wij meermalen de aandacht onzer lezers vestigden (zie o. a. *Rechtsg. Mag.*, , 1884, bl. 138), verscheen onlangs de honderdste aflevering (Bd. 9, H. 4, Januari 1890). In eene daaraan toegevoegde bijzondere Bijlage geeft de Redactie een verslag van hare werkzaamheid. Onder 10 rubrieken (algemeene werken, rechtsgeschiedenis, burgerlijk recht, handelsrecht, rechterlijke organisatie en burgerlijk proces, strafrechtswetenschap, kerkrecht, staats- en administratief recht, internationaal recht, hulpwetenschappen) werden in de tot dusverre uitgegeven acht jaargangen beoordeeld of aangekondigd 2407 werken; bovendien bracht het 3e deel een uitvoerig overzicht van de Duitsche, het 5e deel een soortgelijk resumé van de niet-Duitsche literatuur der laatste jaren. Aan het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitsche Rijk werd eene afzonderlijke rubriek gewijd. De lijst van medewerkers vertoont de namen van een aantal uitstekende rechtsgeleerden in Duitschland en daarbuiten — om slechts enkele te noemen: Gierke, Sohm, Wach, Lyon-Caen, Meili, Rivier, Serafini. In de afdeeling: *Zeitschriftenüberschau* wordt rekening gehouden met 350 tijdschriften. Een en ander bewijst voldoende, hoe geschikt het maandelijks uitkomende *Centralblatt* is, om den lezer op de hoogte te houden van de toenemende literatuur op rechtsgeleerd gebied. Wat de verspreiding van het tijdschrift aangaat, zoo worden medegedeeld, dat 67% der exemplaren worden gelezen in Duitschland, 14% in Oostenrijk en Zwitserland, 6¾% in Rusland, 3¾% in Nederland, enz. Te Amsterdam, Groningen, Rotterdam en Utrecht wordt zelfs „eine grössere Anzahl von Exemplaren“ gevonden.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 51, n°. 1. — v. Stipriaan Luïscius, de verdediging van onvermogende beklaagden. — Scholten, compensatie. — Tichelaar, de aansprakelijkheid der vrachtvervoerders, II. — v. d. Biesen, beschouwingen omtrent het Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek, II. — Wttewaal, enkele opmerkingen over de echtscheiding. — Telting, nasprokkelingen op het veld van het Oud-Friesche recht.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 4. — Afl. 3. Wildeboer, de pentateuchkritiek en het Mozaïsche strafrecht. — v. Ittersum, bespreking van rechtspraak. — Nolst Trenité, het oogmerk om toe te eigenen. — v. Hamel, iets over de strafwetgevende macht des Konings. — Petit, strafrechtelijke bibliographie. — Afl. 4. Domela Nieuwenhuis, de doodstraf in het ontwerp-wetboek van militair strafrecht. — Cohen Tervaert, uitlokking. — Besier, over verduistering van geldsommen. — Boot, een verslag van deskundigen.

Revue de droit international, t. 21. — N°. 5. Lameere, de la discipline dans les esprits et dans les moeurs. — Rolin-Jaequemyns, essais sur les relations diplomatiques entre l'Allemagne et la Russie, à propos des publications de M. de Martens. — de Bulmerincq, H. v. Schulze-Gaevernitz †. — Remfry, sur la codification et le progrès du droit dans l'Inde. — N°. 6. Roszkowski, de la codification du droit international. — Nys, les publicistes espagnols du XVI[e] siècle et les droits des Indiens. — Pradier-Fodéré, le congrès de droit international sud-américain et les traités de Montevideo. — Lammasch, des droits de l'extradé dans le pays requérant. — Engelhardt, les consuls envoyés et les consuls négociants.

Journal du droit international privé. — 16[e] année, n[os]. 11/12. d'Ourem, de l'adoption entre Français et Brésiliens tant en

France qu'au Brésil. — Frias, capacité judiciaire de la femme mariée étrangère, d'après la jurisprudence espagnole. — Locard, des malfaiteurs étrangers réfugiés en Tunisie. — Nouvelle législation relative aux immigrants étrangers en Russie. — Fauchille, origine du prélèvement en faveur des héritiers nationaux à l'encontre des héritiers étrangers. — Salem, vente des immeubles situés en territoire ottoman et appartenant à des étrangers en exécution des jugements consulaires. — Moore, de l'extradition dans les rapports de l'Angleterre et des Etats-Unis. — Daguin, exécution des jugements étrangers dans la république de Saint-Marin. — 17e année, n° 1/2. Weiss, la nouvelle loi sur la nationalité dans ses rapports avec le recrutement militaire. — Gabba, de la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et États étrangers. — Craies, cas intéressants d'extradition en Angleterre pendant les années 1888—1889. — de Rolland, condition juridique des étrangers dans la principauté de Monaco.

Law Quarterly Review, vol. 6. — No. 22. Digby, the law of criminal conspiracy in England and Ireland. — Greenwood, registration — or simplification — of title? — Challis, the compulsory registration of titles. — Dennis, the law of maintenance and champerty. — McKinney, statutory changes in the doctrine of co-service in the United States. — McIlwraith, the Rio Tinto case in Paris. — Elton, the antiquities of Dartmoor.

The Law Magazine and Review, No. 275, Febr. 1890. — Nelson, colonial federation: the judicial committee and the British North America Act, 1867. — Rumsey, the law of negligence. — Robertson, the Anglo-Portuguese difficulty in South Eastern Africa. — Gover, current notes on international law.

Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 29, H. 2/3. — Pfizer, die Physiologie des Irrthums. Ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs des bürg. GB. — Sprenger, über Bezahlung bäuerlicher Nachlassschulden nach dem Entwurf eines Einführungsges. zum bürg. GB. — Baron, zur Lehre vom Besitzwillen.

Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 37, H. 1/2. — Schlodtmann, über die Anwendbarkeit der Art. 347 ff. des Hgb., wenn statt der vertragsmässigen eine Waare anderer Gattung

geliefert und empfangen wurde. — Goldschmidt, die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetz vom 1. Mai 1889. — Ruhstrat, über Art. 52 des DHgb. und §§ 115—122 des Entw. eines bürg. Gb. f. d. D.R. — Köhne, der Charakter und die systematische Stellung des Arbeiterversicherungsrechts. — Rechtsquellen (o. a. Molengraaff, Niederländische Handelsgesetzgebung vom Jahre 1888).

Gerichtssaal. — Bd. 42, H. 4/6. v. Buri, Bemerkungen zu dem Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Prof. Dr. Merkel. — Siegel, darf im Strafprocesse dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben werden, wenn die Versäumung in einer Verschuldung des bevollmächtigten Rechtsanwalts ihren Grund hat? — Gruber, Ungarische Rechtsstatistik. — Suchsland, das neue italienische St. G. B. — Bd. 43, H. 1/2. Mittelstädt, zur Lehre von der Auslegung der Strafgesetze. — Stenglein, hat der Richter die Ungültigkeit einer polizeilichen Strafverfügung in dem nach § 456 Str. P. O. angeordneten besonderen Verfahren zu beachten? — v. Kirchenheim, bedingte Bestrafung. — Weisl, Allgemeines über das Militär-Strafrecht. — Fuld, die Geographie der Verbrechen in Italien. — v. Hippel, die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurtheilung in Deutschland.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 10, H. 3. — Bennecke, Bemerkungen zur Kriminalstatistik des Grossherzogtums Hessen, besonders zur Statistik des Bettels und der Landstreicherei. — Sichart, Wirth, „Abschaffung des Zuchthauses?“ — Sichart, die Bestrafung des Rückfalls nach deutschem Rechte.

Nouvelle Revue historique du dr. franç. et étr., 14e année, No. 1. — Mispoulet, les sources des Institutes de Justinien. — Jarriand, la succession coutumière dans les pays de droit écrit. — Fournier, l'église et le droit romain au XIIIe siècle. — Stouff, rôle de la ville et prévôté de Saint-Ursanne. — Fournier, la bibliothèque de l'Université d'Orléans vers 1420. — Comptes-rendus critiques. — Chronique.

Revue crit. de législation et de jurisprud. — 38e année, No. 9. Examen doctrinal (Planiol, jurisprudence civile). — Valabrègue, du role des liquidateurs créés par la loi du 4 mars 1889. — Arthuys, observations sur la condition faite aux sociétés étrangères en France d'après le projet de loi voté par le Sénat. — No. 10. Examen doctrinal (Lyon-Caen, juris-

prudence en matière de droit maritime). — Tissier, la loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs. — No. 11/12. Examen doctrinal (Brémond, jurisprudence administrative). — Cabouat, examen critique du projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat (28 janvier 1887). — Mérignhac, notice nécrologique sur M. Pont. — 39e année, No. 1. Examen doctrinal (Charmont, jurisprudence civile). — Sauzet, le livret obligatoire des ouvriers (I). — Valabrègue, de la maxime: error communis facit jus. — No. 2. Examen doctrinal (Gardeil, jurisprudence criminelle). — Cabouat, examen critique du projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat (suite). — Tainturier, de la propriété des minutes des anciens tabellionages. — Gavet, la prétendue science du droit romain au moyen-âge avant Irnérius, et le nouvel ouvrage de M. Flach.

Annales de droit commercial. — 3e année, no. 6. Darras en Tarbouriech, de l'attribution, en cas de sinistre, des indemnités d'assurances et des autres indemnités dues à l'occasion de la perte d'une chose. — Cachard, la propriété littéraire aux Etats-Unis. — Chronique de législation etc. (Torrès Campos, Espagne). — 4e année, no. 1/2. Saleilles, de la cession de dettes. — Darras en Tarbouriech, de l'attribution, en cas de sinistre, des indemnités d'assurances et des autres indemnités dues à l'occasion de la perte d'une chose. — Bal, la réforme de la convention conclue à Berne le 9 sept. 1886 pour la protection des oeuvres artistiques et littéraires. — Valéry, examen des applications que le phonographe peut recevoir dans la correspondance commerciale et de leurs conséquences juridiques. — Chronique de législation etc. (Nessi, Suisse).

Archivio Giuridico, Vol. 44. — Fasc. 1—3. Graziani, istituzioni amministrative presso i greci e gl'itali antichi. — Segrè, studio sulla origine e sullo sviluppo storico del colonato romano. — Tartufari, della rappresentanza nella conclusione dei contratti. — Benfante, la formalità del cambio marittimo necessario. — Longo, l'autorità dei Basilici e la lezione dei Digesti. — Tarducci, l'eccezione di simulazione e l'azione revocatoria dal punto di vista della procedura. — Appleton, lettera al Prof. F. Serafini. — Buonamici, lettera al direttore dell' Archivio Giuridico. — Castelli, la

brutale malvagità a proposito di un processo per assassinio. — Chiappelli, nota per l'interpretazione delle sigli dei Glossatori. — Castori, rivista di giurisprudenza penale. — Fasc. 4/5. Tango, della responsabilità pecuniaria imposta ai pubblici ufficiali verso lo stato, comente all' art. 67 della legge 17 Febr. 1884, nº. 2016 (III). — Lupattelli, del contrabbando e della sua natura giuridica. — Tamassia, il launegildo in Grecia. — Buonamici, intorno ad un frammento delle XII Tavole. — Rignano, della naturalizzazione acquistata in Toscana col mezzo della ballotazione e dei suoi effetti sotto la legislazione italiana. — Castori, rivista di giurisprudenza penale.

Il diritto commerciale, Vol. 8. — Fasc. 1. Vidari, a chi sia applicabile l'art. 362 del C. di comm. — Supino, del luogo della sottoscrizione cambiaria. — Sraffa, la prescrizione quinquennale e le società irregolari. — Fasc. 2. Errera, la ragione sociale. — Mortara, giurisdizione commerciale e giurisdizione civile. — Gallavresi, il diritto italiano e le invenzioni e scoperte già privilegiate all' estero.

The New Jersey Law Journal, Vol. 13. — No. 1—3. Editorial notes.

BESCHOUWINGEN OVER DE LEGITIEME PORTIE,

DOOR

Mr. N. K. F. LAND,

Hoogleeraar te Groningen.

Onze wetgever heeft een deel van de erfportie, die hij in den elfden Titel van het tweede Boek aan de erfgenamen in de rechte lijn toekent, bij de derde afdeeling van den twaalfden Titel tot Wettelijk Erfdeel verheven; de overledene mag daarover noch bij gift onder de levenden noch bij testament beschikken. In hoofdzaak werd hierbij de Code civil gevolgd, zelfs wat de plaats betreft, waar dit onderwerp wordt behandeld; de beide eerste afdeelingen van onzen twaalfden Titel houden verband met de beide eerste Chapitres van Livre III Titre II van den Code civil, en onze derde afdeeling met Chapitre III: De la Portion de biens disponible, et de la Réduction. Wij zouden zeker bezwaar kunnen maken tegen de plaatsing in den titel, die thans enkel over uiterste willen handelt en niet meer „des donations entre vifs et des testaments". Voor de hand lag het, dit bijzondere erfrecht bij versterf in den elfden Titel te behandelen [1]). Men kan de legitieme ook opvatten als eene uitzondering op de vrijheid om bij testament te beschikken, en in zoover is de plaatsing in den twaalfden Titel te verdedigen, maar eveneens wordt door de legitieme de vrijheid om onder de levenden weg te schenken beperkt, en de bepalingen van deze afdeeling, die de schenkingen raken, zouden dan weêr naar den elfden Titel van het derde Boek moeten worden overgebracht. Deze

[1]) In dat verband wordt het dan ook door Diephuis gebracht in zijn *Nederlandsch burgerlijk regt.*

vraag over de plaatsing van het onderwerp is echter van ondergeschikt belang; de onjuiste systematiek zal hier onzen zin voor orde kunnen kwetsen, maar het juiste inzicht in het wezen der zaak zal daaronder niet lijden.

Wat is nu evenwel het wezen onzer legitieme portie? Het antwoord op deze vraag zal ons licht kunnen geven bij de verklaring van sommige bepalingen onzer wet, en bovendien kan het ons gronden opleveren om een oordeel te vestigen omtrent de wenschelijkheid van het behoud der legitieme portie. Ik moet erkennen dat ik de communis doctorum opinio [1]) in dezen niet kan deelen; het wettelijk erfdeel onzer wet meen ik te moeten afkeuren; evenmin zie ik grond voor eenigen anderen vorm van wettelijk erfdeel; wel zoude ik eene regeling wenschen die eenigszins in de richting zou liggen van het wettelijk erfdeel, maar die toch in beginsel en in gevolgen belangrijke punten van verschil zou opleveren.

Het woord Legitieme Portie in het opschrift der afdeeling en in art. 960, dat het onderwerp inleidt met eene definitie, schijnt te wijzen op een verband met de portio legitima van het Romeinsche recht. Wij zien echter dikwijls dat onze wetgever de Romeinsche woorden gebruikt, ook waar zijne regeling alleen eene uiterlijke gelijkenis vertoont met eene Romeinsche instelling. Zeker is het dat hier menig artikel werd overgenomen uit den Code civil, en dat het Fransche stelsel, in aansluiting met de Coutumes de Paris, eerder op Germaansche opvattingen berustte, al waren deze, ook door den invloed van het Romeinsche recht, niet volkomen zuiver gebleven. Hoewel nu practisch die beide vroegere rechten op verscheidene punten overeenkomen, toch treft ons bij eenigszins nauwkeurige beschouwing velerlei verschil. Het kan dan ook niet wel anders, waar hun punt van uitgang niet hetzelfde is.

In hoever is nu het gemengde — om niet te zeggen het

[1]) Zie de *Handelingen der Juristenvereeniging* van 1884.

verwarde — stelsel onzer wet aan die verschillende bronnen ontleend? Voor het juiste inzicht in dat stelsel en voor eene grondige beoordeeling is die vraag niet overbodig. Het zij mij dus vergund, de hoofdtrekken van het Romeinsche recht over de Portio legitima en van het Fransche recht over de Réserve en de Légitime in herinnering te brengen.

Het Romeinsche recht had oorspronkelijk volmaakte vrijheid van beschikking erkend; wel moesten bij de onterving bepaalde vormen worden in acht genomen [1], bij gebreke waarvan het testament als nietig werd beschouwd, zoodat de erfenis ab intestato verviel aan de sui [2], maar daardoor ontstond toch niet een werkelijk Notherbenrecht [3]. In hoever misschien dat voorschrift omtrent de vormen den ouden Romein, bij zijn testament in de comitia, heeft afgehouden van onbillijke onterving, is moeilijk na te gaan; zeker is het dat hij rechtens alle vrijheid had. Eveneens werd door den praetor de bonorum possessio contra tabulas alleen toegekend aan liberi praeteriti, aan kinderen waarover in het testament niet gesproken was; waren zij behoorlijk onterfd, dan konden zij ook bij hem geene aanspraken laten gelden.

Doch het gewoonterecht, bepaaldelijk de jurisprudentie bij het judicium centumvirale, heeft later ook een materiëel Notherbenrecht ingevoerd. Men begreep dat de erflater behoort te bedenken wat hij aan zijne naaste bloedverwanten verschuldigd is; een testament, waarbij zij zonder voldoende gronden waren onterfd, werd ter zijde gesteld; de miskenning van het officium werd opgevat als niet veel minder dan krankzinnigheid [4]. Natuurlijk nam men tot die redeneering

[1]) Het goed was eigendom van de familia; daarom was het nominatim exheredare noodig; de bevoegdheid daartoe volgde uit de souvereine macht van den paterfamilias.

[2]) Aan de suae en aan de nepotes nog slechts ten deele.

[3]) Men spreekt hier van Formelles Notherbenrecht. Sommigen verstaan echter onder Notherbenrecht alleen dit formeele recht van de sui, en noemen dan het materieele recht op legitieme portie Pflichttheilsrecht.

[4]) De querela inofficiosi testamenti schijnt — althans toen zij eenmaal een eigen naam, en dus ook een eigen bestaan had verkregen — als

zijn toevlucht bij gebrek aan beter; de querela inofficiosi testamenti werd alleen toegelaten als subsidiair rechtsmiddel; was b. v. het testament formeel nietig, dan was de querela uitgesloten. Daarbij kwam dat bij de querela de opvatting gold, alsof de onterving eene krenking inhield minder van de geldelijke belangen dan van de eer; vandaar eene zekere gelijkenis met de actio injuriarum; van lieverlede trad echter het eenvoudige beginsel meer op den voorgrond, dat de legitimaris in billijkheid aanspraak mocht maken op een gedeelte van het vermogen, dat zijn bloedverwant had nagelaten. Legitimarissen waren de erfgenamen in de rechte lijn, adscendenten zoowel als descendenten; bij uitzondering ook broeders en zusters [1]). De legitieme bedroeg een vierde, sinds Justiniaan een derde of de helft der erfportie. In bepaalde gevallen stond het echter vrij den legitimaris, die zelf tegen het officium had gezondigd, te onterven; eveneens was onterving toegelaten bona mente, in het belang van den legitimaris zelven.

Terwijl nu oorspronkelijk de titel van erfgenaam niet mocht worden onthouden, bepaalde Justiniaan (l. 30 C. de inoff. test. III, 28) dat het voldoende was indien de legitieme portie was vermaakt, in welken vorm dan ook, al ware zij mortis causa geschonken [2]). Mocht minder dan het verschul-

---

eene actio praejudicialis te moeten worden beschouwd; Windscheid § 584 n. 13. Had men daarin overwonnen, dan konde men, in het bezit zijnde, tegen eene hereditatis petitio zich verdedigen, en eveneens, zoo noodig, zelf overgaan tot eene hereditatis petitio tegen den ingestelden erfgenaam of tot vervolging van onwillige debiteuren van de erfenis; de uitspraak in het praejudicium met den ingestelden erfgenaam gold ook tegenover derden. De actie was ook mogelijk tegenover anderen dan den ingestelden erfgenaam, maar dan gold de uitspraak alleen tusschen partijen. Waren er verscheidene erfgenamen ingesteld, dan konde een eisch tegenover den een toegewezen, tegenover den ander ontzegd worden; hetzelfde was omgekeerd mogelijk als er verscheiden legitimarissen optraden; in beide gevallen werkte de gewijsde zaak slechts voor de partijen, die het geding hadden gevoerd.

[1]) Constantinus heeft hier vaste regelen gesteld; Windscheid § 579 n. 2.

[2]) De schenking onder de levenden kwam slechts bij uitzondering in

digde zijn toegekend, dan konde het ontbrekende worden gevorderd met eene actio ad supplendum of suppletoria, gegrond op eene vordering ten laste van de zuivere nalatenschap, na aftrek der bestaande schulden. Was den legitimaris niets nagelaten, dan verschafte hem de querela inofficiosi zijn volle erfdeel.

Eindelijk is ten gevolge van de 115e Novella de querela inofficiosi, althans voor de rechte lijn, geheel opgeheven. De actio ad supplendum bleef bestaan; alleen werd zij inzoover gewijzigd dat de legitimaris weder konde verlangen tot erfgenaam te worden ingesteld; doch zelfs een institutio ex certa re was voldoende; alleen op den titel van erfgenaam had hij dus recht. Was hij wel ingesteld, maar niet voor het verschuldigde deel, dan konde hij het ontbrekende opvorderen; eveneens als hij een legaat aanvaardde en daardoor het testament erkende. Was hij niet ingesteld, en eveneens als hij onterfd was zonder opgave van redenen, of met opgave van redenen, die echter niet in de Novella voorkwamen of die bleken onwaar te zijn, dan was de gemaakte erfstelling nietig en niet enkel op vordering van den legitimaris vernietigbaar [1]). Zoo althans wordt gemeenlijk geleerd. Reeds de Glossatoren waren hier evenwel verdeeld; Martinus verdedigde de nulliteit, Bulgarus de inofficiositeit en Johannes volgde een middelweg. De strijd duurt voort nog onder de coryphaeën van onzen tijd; Bluntschli, Mühlenbruch, Puchta, Arndts, Windscheid — j'en passe, et des meilleurs — bieden ons een keur van theorieën, Ausschliessungs-, Derogations-, Reform-, Enterbungs-, Additional-, Correctionssystem. De keuze is moeilijk, vooral indien wij toch met Windscheid § 591 n. 14 en § 592 n. 7 tot het besluit moeten komen dat „in dieser Materie keine Meinung aufgestellt werden kann, welche sich sagen dürfte

---

aanmerking; over de vraag of dit later veranderd is, Windscheid § 582 n. 6.

[1]) De legaten en fideicommissen moesten echter worden uitgekeerd, voorzoover zij de legitieme niet schonden.

dass sie zwingende und jeden Widerspruch ausschliessende Gründe für sich habe, und so ist auch dieser Controverse ein ewiges Leben beschieden" [1]). Voor ons is het echter minder de vraag hoe de 115e Novella zou moeten worden uitgelegd, dan wel, hoe zij werd opgevat sinds de Glossatoren, en wat dus als „Romeinsch recht" gold in de tijden waarin er sprake was van een overgang daarvan in het nieuwere recht. In het algemeen schijnt wel de nietigheidsleer van Martinus te zijn gevolgd. Bovendien is dit een punt van ondergeschikt belang. Het staat vast dat de legitimaris moet worden ingesteld tot erfgenaam, en dat hij, niet ingesteld, tegen de heredis institutio kan opkomen, en, voor minder dan zijn legitieme bedacht, de aanvulling kan eischen.

Naast de querela inofficiosi testamenti werd nog de querela inofficiosae donationis toegekend, indien de legitimaris was benadeeld door eene schenking onder de levenden. De schenking konde worden vernietigd, wanneer zij bovenmatig was in verhouding tot het vermogen; hierbij werd rekening gehouden met den toestand van het vermogen op het tijdstip der schenking, inzoover dat deze geldig bleef al werd later die toestand minder gunstig. Omgekeerd echter konde de querela inofficiosae donationis bij eene oorspronkelijk bovenmatige schenking vervallen ten gevolge van eene latere belangrijke vermeerdering van des schenkers vermogen. Of deze querela ook konde worden ingesteld door kinderen, die bij het maken der gift nog niet geboren waren, is onzeker [2]).

---

[1]) Met Dernburg, *Pandekten* III 293, zou men overigens geneigd zijn aan te nemen, dat de geheele wetgeving van Justiniaan omtrent het formelle Notherbenrecht meer op het papier bestond dan in de praktijk leefde. Toen hij ook andere descendenten dan de sui toeliet en voor de erfstelling geen vorm meer vereischte, was er voor een vormelijke onterving geen grond meer. Wanneer de Novellen hiervan geen melding maken, zou dit eenvoudig zijn omdat die oude regelen zich zelf hadden overleefd. Dit zoude ons dan brengen tot het Derogationssystem.

[2]) Verg. Windscheid § 586 n. 3. Aan den eenen kant was op dat tijdstip de schenking niet pflichtwidrig; maar van den anderen kant

Het Germaansche erfrecht ging uit van een beginsel, geheel tegenovergesteld aan dat van het Romeinsche recht. Alleen de erfenis bij versterf konde gelden; de uiterste wil was onbekend. Eerst in de latere middeleeuwen werd het testament toegelaten; een erfgenaam echter, die van rechtswege opvolgde, konde daarbij niet worden ingesteld, en bovendien ook bij legaten vermocht men niet over het geheele vermogen naar goeddunken te beschikken. Voor een groot gedeelte bleef het oorspronkelijke familie-erfrecht onschendbaar; vooral bij de Propres, het familiegoed, in het bijzonder als het leengoed betrof, was dit het geval; art. 292 Coutumes de Paris vergunde slechts de beschikking over een vijfde; vier vijfden waren de wettelijke Réserve voor de erfgenamen, n. l. voorzoover die goederen uit hunne lijn afkomstig waren en mits zij ook als erfgenamen hun recht lieten gelden [1]). Over het roerend goed en over de acquêts werd gewoonlijk vrije beschikking vergund, maar ook daarbij golden soms beperkingen van denzelfden aard als de réserve bij de propres [2]). Onder de levenden was de beschikking, zelfs over de propres, geheel vrijgelaten [3]), doch sommige coutumes kenden eene rechtsvordering toe tot inkorting, Retranchement, ten behoeve weder van de bloedverwanten uit wier linie die goederen afkomstig waren [4]). Bovendien werd aan de kinderen — niet aan verdere bloedverwanten — een recht op Retranchement pour la légitime des enfans toegekend bij bovenmatige testamentaire beschikkingen en schenkingen, in den geest van de Romeinsche legitieme portie; het verschuldigde deel bedroeg, naar Novellenrecht, een derde of de helft van hetgeen de

---

wordt zeker het aandeel van de reeds geborenen verminderd door die nageborenen, en ligt het dus wel voor de hand dat ook dezen kunnen opkomen. Zie ook l. 5 C. III, 29.

[1]) Verg. Pothier, *Tr. des Testamens*, Ch. IV, Art. II, § 4. Ed. Dupin VII. 332.

[2]) Pothier, t. a. p., bl. 329.

[3]) Art. 272 Cout. de Paris.

[4]) Pothier, *Tr. des donations entre vifs*, Sect. III, Art. VI (VII. 515).

kinderen zouden hebben geërfd, als ook die schenkingen niet waren gemaakt en dus in den boedel waren gebleven; volgens art. 298 Cout. de Paris werd het algemeen gebracht op de helft [1]). In de eerste plaats werden door dit Retranchement pour la légitime des enfans de testamentaire beschikkingen getroffen, en wel te beginnen met het legs universel, daar dit slechts recht geeft op 't geen overblijft na uitkeering van de legs particuliers [2]); konde uit de nagelaten goederen het verschuldigde niet worden gevonden, dan werden ook de schenkingen ingekort.

Met de Revolutie verviel het stelsel van de propres; eene réserve voor de erfgenamen in de zijlijn komt in den Code civil niet voor; wel had het ontwerp haar voorgesteld, en werd zij ook door den premier consul verdedigd als dienstig om het vermogen voor de familie te bewaren, doch men besliste dat zij in de nieuwe „légitime" niet paste.

Wat was nu die „légitime" van de samenstellers van den Code? Men achtte haar gegrond in het natuurrecht, dat trouwens bij de meeste instellingen werd ingeroepen; de erflater heeft tegenover zijne kinderen verplichtingen, welker nakoming ook door de maatschappelijke orde wordt gevorderd. Terwijl eerst de wet van 17 Nivôse an II de vrijheid van beschikking tot een minimum had teruggebracht, was bij de wet van 4 Germinal an VIII de bevoegdheid gelaten om over eene kindsportie te beschikken, mits nooit meer dan over een vierde der nalatenschap. Bij de lange beraadslagingen in den Conseil d'état verdedigde Maleville het stelsel van de Coutumes de Paris, die de légitime bepaalden op de helft der nalatenschap „en mettant une balance égale entre le droit de propriété et les devoirs de famille"; op voorstel van Cambacérès werden echter de cijfers aangenomen van art. 913 C. c., n. l. beschikbaar is een kindsportie mits nooit minder dan een vierde. Dit wat betreft de cijfers; van

[1]) Art. 274 Cout. d'Orléans. Pothier, t. a. p., Art. V (VII 504).
[2]) Pothier, t. a. p., bl. 511.

meer gewicht is echter het wezen van de instelling. Men meende, en niet zonder grond, met de „légitime" het Romeinsche recht te volgen; herhaaldelijk werd dit denkbeeld bij de beraadslagingen uitgesproken. Trouwens ook Pothier had bij het Retranchement pour la légitime des enfans op de Digesten en op de Novellen verwezen; hij stelde nog de vraag of die Romeinsche wetten niet althans gelden voor de coutumes, welke niet, als die van Parijs en Orleans, stellig de helft hadden aangenomen als het wettelijk erfdeel [1]). De Code civil kende ook aan de adscendenten een legitieme portie toe; ook hierbij had men het oog op het Romeinsche voorbeeld en beriep men zich op den regel: Quemadmodum a patribus liberis, ita a liberis patribus deberi legitimam. De légitime werd dan ook steeds voorgesteld als eene schuld, als eene obligatie ten laste der nalatenschap; volkomen in den geest weder van het Romeinsche recht [2]).

Toch moeten wij niet uit het oog verliezen, dat nog het vroegere Germaansche recht ook op de légitime van den Code civil zijn invloed deed gelden. Ik hecht weinig gewicht aan de opmerking, dat in den Code civil het woord Légitime niet voorkomt, wel de Réserve [3]); ook dien laatsten term treffen wij slechts enkele malen aan, en althans bij de beraadslagingen werd steeds gesproken van de Légitime, zonder dat blijkt waarom men daarin later bezwaar zou hebben gezien en dus met opzet het woord in het wetboek heeft vermeden. Men zou dan ook moeilijk kunnen ontkennen, dat het onbeschikbaar deel der nalatenschap minstens evenveel gelijkenis vertoont met de Romeinsche portio legitima als met de oud-Fransche réserve. Immers niet de bloedverwanten in het algemeen hebben hier recht; wel had Bonaparte nog een lans voor hen gebroken, maar algemeen was men toch overtuigd dat het stelsel van de Propres met de réserve voor

---

[1]) Pothier t. a. p. bl. 504.
[2]) Verg. het: Quasi aes alienum in l. 8 § 15 D. V, 2.
[3]) Laurent XII bl. 15.

de bloedverwanten, van wier kant de goederen afkomstig waren, zijn tijd had gehad. Alleen aan de rechte lijn komt de légitime toe, en niet alleen aan descendenten maar ook aan adscendenten; de samenstellers van den Code gingen hier nog een stap verder dan Pothier in de richting van de portio legitima.

Maar ook in de légitime handhaafde zich het oude Germaansche familie-eigendom. Dit blijkt uit verschillende bepalingen. Op de voornaamste daarvan wil ik de aandacht vestigen.

Men heeft van Pothier het beginsel overgenomen, dat de weggeschonken goederen aan den legitimaris terugkomen, vrij van alle lasten die daarop door den begiftigde mochten zijn gelegd, en dat zij ook van derden kunnen worden teruggevorderd [1]). Over deze goederen blijkt de erflater niet te hebben kunnen beschikken; zij vervallen van rechtswege aan den legitimaris. De légitime komt aan de erfgenamen door Saisine; zelfs is de légataire universel, onze universeele erfgenaam ex testamento, verplicht van den legitimaris de délivrance van het beschikbare deel te vragen [2]); de legitimaris alleen geldt als de onmiddellijke opvolger in het recht van den overledene. Voorzoover de goederen door de légitime worden getroffen, zijn zij overgegaan, geheel onafhankelijk van de beschikkingen die de erflater daarover geliefde te nemen.

Wij herkennen het beginsel van den Germaanschen familie-eigendom bij de légitime ook in de vereeniging van de rechtsmiddelen van den legitimaris tegen de testamentaire beschikkingen en tegen de schenkingen. In het Romeinsche recht was de querela inofficiosae donationis eene zelfstandige actie naast de querela inofficiosi testamenti. Het Fransche recht maakt ééne massa van de goederen, die bij den dood aanwezig waren en die bij het leven waren weggeschonken; practisch kan dit van gewicht zijn bij latere insolventie van

---

[1]) Pothier bl. 513; artt. 929 en 930 C. c.; artt. 975 en 976 B. W. Naar het Romeinsche recht konden geen derden worden aangesproken. Windscheid § 586 n. 12.

[2]) Art. 1004 C. c.

den schenker; zie hierboven bl. 306. Art. 922 C. c. volgt hier weder Pothier[1]); bij de goederen, die bij het overlijden gevonden worden, on réunit fictivement ceux dont il a disposé par donations entre vifs; bij Pothier heet het: il faut ajouter, par fiction, tous ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre vifs. Het is duidelijk dat deze berekening het beste past bij het beginsel, dat een deel van het vermogen vrij eigendom is van den erflater, maar een deel als eventueel eigendom van de rechte lijn moet gelden. De rechte lijn heeft natuurlijk bij het leven nog geen recht op het vermogen; er is niets meer overgebleven van de voormalige bevoegdheid van bloedverwanten om mede te werken bij of zich te verzetten tegen beschikkingen, die de eigenaar over zijn goederen wenschte te maken. Maar aan de rechte lijn is bij den dood een eventueel eigendom verzekerd over een gedeelte dier goederen. Eerst bij den dood kan worden uitgemaakt, of er een onbeschikbaar deel is, en hoeveel dit bedraagt; maar blijkt dit dan het geval te zijn, dan handhaaft de legitimaris zijn recht met zijne saisine. Voor een deel van het vermogen bleef voor de erfgenamen in de rechte lijn het oude familie-erfrecht gelden; zij erfden voor dat deel bij versterf; de bevoegdheid om testament of schenking te maken strekt zich over die goederen niet uit. Was dus reeds al het beschikbare bij het leven weggeschonken, dan moeten alle testamentaire beschikkingen zonder gevolg blijven (art. 925 C. c.). Was bij den dood nog een deel beschikbaar, maar over meer dan dat deel beschikt, dan worden al die beschikkingen gelijkelijk ingekort; de vroegere onderscheiding tusschen legs universels en particuliers werd in art. 926 C. c. (art. 973 B. W.) niet overgenomen. Was reeds door schenking onder de levenden de legitieme portie geschonden, dan kan ook de nietigheid van die schenkingen worden ingeroepen en het weggeschonkene als eigen goed worden opgeëischt.

---

[1]) Pothier t. a. p. § 3 p. 508. Zie ook art. 298 Cout. de Paris.

Dat nu ook kinderen, die op het tijdstip van de gift nog niet waren geboren, zich op de legitieme mochten beroepen, konde voor het Romeinsche recht worden betwijfeld, maar naar het Fransche recht lag een bevestigend antwoord voor de hand. Reeds Pothier [1]) maakte hier eene vergelijking met de vervreemding van fideïcommissaire goederen, die eveneens bij latere geboorte van een verwachter ongeldig kan worden; le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens non-seulement aux enfans que nous avons déjà, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite. Tot het beloop van het wettelijk erfdeel bleef ten behoeve van de descendenten, die bij den dood aanwezig zijn, het oude stelsel gelden van erfrecht bij versterf met uitsluiting van beschikking.

Belangrijk is nog een ander verschilpunt tusschen de Romeinsche portio legitima en de légitime van den Code civil. De Romeinsche erflater was bevoegd den legitimaris te onterven, indien deze zijnerzijds zijne plichten jegens den erflater had geschonden, en bovendien stond het hem vrij den legitimaris in zijn eigen belang hetzij te onterven hetzij te belasten met eene voorwaarde of tijdsbepaling, of met eenigerlei beperking in de vrije beschikking over de nagelaten goederen. Bij de légitime vinden wij noch over onterving wegens geldige redenen van misnoegen noch over exheredatio bona mente gesproken. De uitsluiting om over dat deel der goederen te beschikken is absoluut; wel is het recht erkend om testament te maken, maar voorzoover de légitime zich uitstrekt, geldt dat recht niet. Voor dat deel van het goed heeft de wetgever aan zich zelf alle recht van beschikking voorbehouden; over deze goederen is de overledene geen testator; niet alleen het opleggen van onera en gravamina, maar elke regeling is hem over de légitime ontzegd. Ook hier vinden wij dus een samenhang met het Germaansche recht, dat evenmin onterving in de genoemde gevallen kende, maar alleen uitsluiting van alle erfrecht wegens onwaardigheid.

---

[1]) Pothier t. a. p. bl. 506.

In hoofdzaak is bij de bepalingen onzer wet over de legitieme portie het Fransche recht gevolgd. Het ontwerp van 1820 had eene andere richting. Terugvordering van de weggeschonken goederen onder derden werd niet toegekend (art. 2392). De rechtsmiddelen tegen testamentaire beschikkingen en schenkingen werden niet alleen op verschillende plaatsen behandeld (artt. 1625 v.v. en 2389 v.v.), maar ook de vereeniging van de nagelaten en weggeschonken goederen tot ééne massa, waarvan daarna de schulden worden afgetrokken, vinden wij niet terug (art. 1635). Uitdrukkelijk werd verder bepaald dat „de legitime portie in geld of in zekere bepaalde vastigheden of andere bepaalde zaken kan worden voldaan, mits de legitime maar ten volle genoten worde" (art. 1643). Eveneens werden in art. 1627 redenen van onterving erkend, verschillende van de redenen van onwaardigheid, in artt. 1610 v.v. opgenoemd. Op al die punten valt de overeenkomst met het Romeinsche recht in het oog; trouwens ook in het wetboek Napoleon voor Holland komen de meeste dier bepalingen voor [1]); zij schijnen voor het grootste deel aan het Oud-Hollandsche recht ontleend te zijn, dat in dezen een Romeinschen geest ademde. Wij hebben dien draad echter niet verder te volgen, want onze wetgever heeft ook hier weder de Fransche bepalingen overgenomen. Zelfs het bedrag der legitieme portie is niet meer, als in artt. 1634 Ontw. 1820 en 696 Wetb. Nap. v. Holl., de helft of een derde van de erfportie [2]), maar dezelfde cijfers zijn aangenomen als in art. 913 C. c. Alleen wordt thans de legitieme portie voor elken legitimaris afzonderlijk berekend, en niet meer collectief als in het Fransche recht. Doch al heeft men zich op dit punt verder dan de Code civil van de Germaansche opvattingen verwijderd, wij kunnen in deze omstandigheid geene aanwijzing zien van een

[1]) Verg. b. v. met art. 1635 Ontw. 1820 art. 707 Wetb. Nap. voor Holland, en met artt. 1643 en 1627 artt. 704 en 715.

[2]) Met eene kleine wijziging zijn dit de cijfers van Nov. 22.

bedoeling om het geheele stelsel te wijzigen [1]). De individueele berekening gold in het vroegere Fransche recht wel niet bij de réserve, maar toch reeds bij de légitime [2]); aan den anderen kant keerde onze wetgever met zijne gewijzigde bepaling ook niet tot het Romeinsche recht terug, daar dit wel den rechtmatig onterfde meêtelde bij de bepaling van de portiën, maar bij verwerping door een' der rechthebbenden een jus accrescendi onder de legitimarissen erkende. Onze wetgever heeft bij zijne nieuwe bepaling ook niet verder gedacht dan aan den inhoud dier bepaling zelve, niet aan het verdere systeem; ware dit het geval geweest, hij zoude beter verband hebben bewaard met den regel van art. 1104 [3]).

Wij komen dus tot het besluit dat onze [4]) legitieme portie, hoewel in navolging van het Romeinsche recht aange-

---

[1]) Zie echter Kerstens in *N. Jaarb.* VI 619. — Evenmin zie ik in art. 967*a* een nieuw beginsel over het recht van legitieme uitgesproken; daarover straks nader.

[2]) Verg. art. 298 Cout. de Paris; Pothier p. 509.

[3]) Zie nader hieronder.

[4]) Bij dit alles denk ik natuurlijk alleen aan onze wet; bij andere wetgevingen is de loop der zaken een andere geweest. Zoo werd in Oostenrijk bij een decreet van 7 Febr. 1844, aangehaald bij Unger, VI § 85 n. 2, alleen een aanspraak erkend op het verschuldigde in geld, niet op een deel in de goederen zelve. Unger prijst die bepaling: Die Pflichttheilsschuld ist eben im Grund nichts anderes als eine qualificirte Erbschaftsschuld, und der Pflichttheilsanspruch ein rein persönlicher Geldanspruch. Hij haalt daarbij l. 8 § 15 D. V, 2 aan, en naar het Romeinsche recht en naar de wetgevingen, die dat recht volgden, is die leer zeker de juiste. Doch er is nog ander recht mogelijk naast het Romeinsche, dat evengoed recht van bestaan heeft; ik zou dus bezwaar willen maken tegen de woorden, die Unger laat volgen: Unrichtig das sächs. Gesetzb. § 2589; dit kent nl. den legitimaris de Erbschaftsklage toe; verg. Schmidt, Sächs. Pr. R. II 238.

In Oostenrijk is trouwens ook onterving als straf en bona mente toegelaten; zie Unger § 83 en 84. Eveneens wordt eene zelfstandige actie toegekend wegens schenkingen, die de legitieme benadeelen; Unger § 86 n. 4 en 5. Over dit alles nader uit te weiden, is echter onnoodig.

nomen, een kern bewaard heeft van Germaansch-rechtelijken aard. Het Romeinsche recht werd gerecipiëerd, maar in eene Germaansche maatschappij, en de Germaansche geest bleef voortleven in het overgenomene vreemde recht. De legitieme portie is niet enkel te beschouwen als een aanspraak op den boedel, die den erflater de verplichting oplegt om zekere personen te bedenken, en wellicht hen ook met den titel van erfgenaam te vereeren; zij geeft een onmiddellijk recht op de nalatenschap, een erfrecht voor een gedeelte, dat aan bepaalde erfgenamen verzekerd is en dat de erflater rechtens niet kan schenden noch zelfs regelen.

Voordat wij nu de wenschelijkheid van het behoud dier legitieme portie gaan beoordeelen, wensch ik in verband met het voorafgaande nog enkele bijzondere punten nader te bespreken.

Het is eene bekende vraag, of de erflater ook kan volstaan met den legitimaris een legaat te maken van het bedrag der legitieme, dan of de legitimaris zijn recht kan volhouden om voor het bepaalde deel te erven [1]). Het wezen onzer legitieme brengt m. i. mede, dat de legitimaris zich geen uitkoop behoeft te laten welgevallen. Hij kan reeds bij het leven zooveel als schenking hebben ontvangen als hij anders bij den dood had kunnen eischen; hij behoeft ook van zijn recht op legitieme geen gebruik te maken, en de erflater zal hem misschien hiertoe bewegen door hem voor dat geval een voordeeliger legaat aan te bieden. Doch zoo de legitimaris het verlangt, treedt hij op als erfgenaam. Volgens het Fransche recht had hij de saisine van de geheele nalatenschap; thans heeft hij die saisine voor het hem toekomende deel; al volgt dit misschien niet uit art. 1002*a* [2]), het ligt reeds in art. 880. Art. 921 wordt tegengeworpen; het bepaalt n.l. dat het erfrecht bij versterf slechts geldt „voorzoover de erflater niet bij uitersten wil wettiglijk mocht hebben beschikt"; doch dat wet-

[1]) Voor het Fransche recht zie b. v. Dalloz II 1198 v. 1240 v. Marcadé III 254. Demolombe II 379. Delvincourt IV 53; algemeen wordt daar het recht op de goederen zelve aangenomen.

[2]) Verg. Opzoomer bl. 256 n. 2.

tiglijk beschikken heeft volgens art. 960 een grens in de legitieme portie. Over dat gedeelte der goederen heeft de erflater *niet* mogen beschikken. Art. 972 geeft het recht om bij de weggeschonken goederen teruggave in natura te vorderen; de erflater kan daarbij geen tegenstrijdige bepalingen maken. Vreemd ware het zeker, als voor de bij testament vermaakte goederen dergelijke bepalingen wel toegelaten waren. Maar bovendien, die regel zelf van art. 972 heeft zijn grond in het beginsel van het onschendbare familie-erfrecht; nu dit beginsel zelfs bij schenkingen wordt vastgehouden, die eerst in de tweede plaats kunnen worden aangevallen, moeten wij wel aannemen dat het ook bij testamentaire beschikkingen moet gelden. De wetgever had anders kunnen bepalen; wij zagen dat dit het geval is geweest met artt. 704 Wetboek Napoleon voor Holland en 1643 1° Ontwerp van 1820 [1]), maar daar werd dit dan ook uitdrukkelijk gezegd. Nu wil ik nog niet uit de weglating dier artikelen in onze tegenwoordige wet besluiten, dat onze wetgever het tegendeel wilde van hetgeen die artikelen bepaalden, maar wel houd ik vol dat hij, in het algemeen het beginsel van het oude familie-erfrecht in de legitieme bewarende, minstens even stellig had moeten spreken als het Wetb. van Koning Lodewijk en het ontwerp van 1820, indien hij verlangde dat de legitimaris ook met de waarde zich tevreden zou stellen. Welnu onze wet zwijgt, en ook indirect kan zij niet gezegd worden zich over onze vraag uit te laten, nog minder dat te doen in den zin dat de erflater alleen verplicht zou zijn de waarde van de legitieme te geven [2]).

---

[1]) De leer van Unger (bl. 314 n. 4) over de Pflichttheilsschuld is daar dus gevolgd.

[2]) Dat in art. 973 — en op goede gronden — den erflater eenige vrijheid wordt gelaten in het regelen van den rang der inkortingen bij testamentaire beschikkingen, kan zeker niet bewijzen, dat hij ook de vrijheid heeft om in de plaats van goederen geld te geven. Dat niet elk van de weggeschonken en nagelaten goederen ten deele vrij eigendom is van den erflater, ten deele in eigendom komt van de legitimaris, is ook geen bezwaar. Ten beloope van het beschikbaar deel zijn de gezamenlijke

Ik merkte op, dat de legitimaris niet verplicht is van zijn recht op legitieme gebruik te maken, en dat de erflater hem kan nopen in de onterving te berusten door hem een legaat van meerdere waarde na te laten. Dit leidt ons tot een andere vraag, n.l. inhoever kan met goedvinden van den legitimaris zelf van de wettelijke bepalingen over de legitieme worden afgeweken? In het zooeven gestelde geval zal geen moeilijkheid gelegen zijn; wil de erflater aan een der kinderen of zelfs aan een vreemde de geheele nalatenschap toekennen, om b.v. een lastige en allicht schadelijke boedelscheiding onnoodig te maken, dan kan hij de andere kinderen of al zijne kinderen onterven en hun een legaat maken, hetzij van eene bepaalde som, hetzij b.v. van een zoodanig bedrag als waarop het aandeel zou worden geschat dat zij als erfgenaam zouden hebben genoten. Indien dat legaat hooger is dan de legitieme portie, zullen de legitimarissen zich wel laten vinden om in het testament te berusten. Zij zullen de erfenis verwerpen, voor zoover die hun als legitimarissen van rechtswege toekwam [1]), en zij aanvaarden het hun aangeboden legaat. Eveneens als eene legitimaris in gemeenschap van goederen getrouwd is en de erflater wenscht dat 't geen zij uit zijne nalatenschap zal trekken, buiten die gemeenschap zal blijven. De vrouw kan dan, gemachtigd door den man of door den rechter, de erfenis verwerpen en het legaat aanvaarden, dat gemaakt is

goederen vrij eigendom; voorzoover de legitieme zich uitstrekt, komen zij van rechtswege in den eigendom van de legitimarissen; de eerstgenomene beschikkingen worden geacht over het beschikbaar deel genomen te zijn.

In art. 967 zal aanstonds blijken geen argument gelegen te zijn.

[1]) Ik kan niet inzien, dat dit erfrecht anders dan op deze wijze kan eindigen. De redeneering, dat door berusting de hoedanigheid van erfgenaam verloren wordt jegens de medeërfgenamen, maar niet tegenover derden (zie arrest Hof Arnhem, 19 Nov. 1884, *W.* 5138, aangehaald hieronder bl. 331 n. 3), kan mij niet voldoen; men is erfgenaam of men is het niet; relatief is het erfgenaamschap niet bestaanbaar. Wel kan de legitimaris door zijn afstand jegens bepaalde personen zich binden, en eveneens kan hij het geërfde aan hen overdragen, maar zoolang hij niet verwerpt, blijft hij erfgenaam voor de legitieme.

onder de voorwaarde, die aan de erfenis niet konde worden verbonden [1]). Zoo ook, als een vader het goed, dat hij aan zijn kinderen nalaat, onder het bewind van art. 1066 wil stellen; hij kent hun een legaat toe, dat met dien last kan worden bezwaard, en dat legaat wordt door de kinderen aanvaard.

Maar zoude nu ook de erflater den legitimaris tot erfgenaam kunnen instellen onder voorwaarde dat deze een last of eenigerlei andere beperking gelieve te dragen, zoodat, indien hij zich tegen die bijvoegingen verzet, zijn recht tot op de legitieme portie wordt teruggebracht, maar, indien hij zich daaraan onderwerpt, de last of de beperking op de heele erfstelling toepasselijk zal zijn? In het Romeinsche recht stond die weg voor den erflater open [2]), en in ons recht zou datzelfde in menig geval gewenscht kunnen zijn. Toch leidt het meer absolute karakter van onze legitieme portie tot eene ontkennende beantwoording van de gestelde vraag; voorzoover de legitieme portie reikt, is den erflater alle recht van beschikking onthouden. De wet alleen geeft hier den erfgenaam recht, niet de erflater; deze mist derhalve ook de bevoegdheid om eenige regeling te maken over het goed, dat geheel onafhankelijk van hem op den legitimaris overgaat. Mocht dus b. v. de zoon tot erfgenaam worden ingesteld, maar met de bepaling dat de erfenis onder bewind zal staan volgens art. 1066 en dat anders enkel de legitieme,

[1]) Ik neem aan, dat aan de vrouw de keuze blijft om de erfenis te aanvaarden of te verwerpen, al valt deze na aanvaarding in de gemeenschap. Over dit punt kunnen wij echter hier niet uitweiden.

[2]) Verg. over de zoogen. Cautela Socini, Windscheid § 582 n. 3. In art. 705 Wetb. Nap. voor Holl. en in art. 1645 Ontw. 1820 gold hetzelfde. Art. 705 luidde: Het staat aan ouders en grootouders vrij, om aan hunne kinderen of kindskinderen het geheel of een gedeelte der erfenis, onder eenige bezwaren, verbanden of bepalingen, na te laten; mits aan derzelver vrije keuze overlatende, of zij dat nagelatene onder de bijgevoegde bezwaren willen aannemen dan of zij de zuivere legitieme portie, zonder eenig bezwaar, genieten willen. Art. 1645 is bijna gelijkluidend; alleen heeft het nog als tweede lid: Het bepaalde in dit artikel geldt ook van kinderen, ten aanzien hunner ouders of verdere adscendenten.

maar dan vrij, aan hem wordt toegekend, dan zal hij toch ten beloope der legitieme vrij eigenaar zijn geworden. Het meerdere kan onder bewind vallen. Van de omstandigheden zal het overigens afhangen of de erflater dit aan den legitimaris onthoudt, nu buiten diens schuld zijn wensch niet vervuld kan worden. Maar voor de legitieme was de bijvoeging zonder gevolg; de legitimaris kan haar niet geldig maken; hij kan zich onderwerpen aan een beheer, door een aangewezen persoon te voeren, maar hij kan niet het bewind van art. 1066 doen ontstaan; dat hij daarbij in den geest van den erflater zou handelen, maakt evenmin iets uit als dat hij dien maatregel zou beramen in overleg met eenig ander persoon, die het goed met hem meende; en de erflater heeft hier niet meê te spreken, voorzoover het gebied reikt van de legitieme portie. De legitimaris kan zijn legitieme verwerpen en daardoor het wettelijke erfrecht, waarbij alleen de wetgever aan het woord is, buiten werking stellen. Maar daarmede zou hij alle aanspraken hebben prijsgegeven; hij kan niet zijn erfrecht bij versterf verwerpen en het daarna als erfrecht krachtens testament aanvaarden. Hetzelfde zal gelden, als aan een dochter een erfdeel, grooter dan de legitieme, wordt nagelaten onder voorwaarde dat het buiten de gemeenschap zal vallen; ten beloope van de legitieme valt het in de gemeenschap. De erflater kan alleen de keuze laten tusschen de vrije legitieme en een legaat, waaraan nadere bepalingen kunnen worden verbonden. Dat zelfs dan die bepalingen niet met de openbare orde in strijd mogen zijn, is duidelijk; zoo mag men betwijfelen of bij legaat ook zal kunnen worden afgeweken van de bepalingen omtrent fideicommis [1]).

---

[1]) Diephuis, bl. 453 v.v., meent dat zelfs een fideicommissair verband gelegd kan worden op de geheele erfportie; al werd art. 705 Wetb. Nap. v. Holl. niet overgenomen, de regeering verklaarde toch dat een dergelijke regeling niet in strijd zou zijn met de publieke orde; Voorduin IV bl. 187 v. Doch ook al willen wij niet een bewijs zoeken in de weglating van dit bepaalde artikel, wij mogen er toch op wijzen

Enkele opmerkingen wensch ik nog te maken omtrent het bedrag, waarover de legitieme wordt berekend. Volgens art. 968 worden bij de goederen, die bij den dood aanwezig waren, de goederen gevoegd, die bij het leven waren weggeschonken. Van die massa worden de schulden afgetrokken.

De geschonken goederen „worden berekend naar den staat, waarin zij zich op het tijdstip der gift bevonden hebben en hunne waarde op het oogenblik van het overlijden van den gever". Sluit dit met de bepaling van art. 970*a*, die de geschonken goederen buiten rekening laat, als zij bij het leven van den erflater zonder schuld van den begiftigde waren tenietgegaan? Men mag n.l. aannemen dat die goederen, ook als zij bij den erflater waren verbleven, eveneens zouden zijn tenietgegaan. Welnu, dan zoude ook vermeerdering of vermindering van de goederen, voorzoover die zonder toedoen van den begiftigde plaats had, voor rekening van den boedel moeten zijn, m. a. w. men zoude daarbij den staat moeten nemen op het tijdstip van het overlijden. Bij vermindering of verbetering door de daad van den begiftigde zoude de waarde op het oogenblik der gift kunnen gelden, en dan de begiftigde, die het goed heeft terug te geven,

---

dat het geheele stelsel der legitieme gewijzigd is; onze wetgever sluit alle beschikking over de legitieme uit, en de erfgenaam kan niet geldig maken, wat als testamentaire beschikking ongeldig is.

Overigens mogen wij niet vergeten, dat het Wetboek Napoleon voor Holland ten aanzien der fideicommissen veel meer vrijheid liet dan de wetgever van 1838; reeds dadelijk missen wij daar de bepaling van art. 926 B. W. Wat dus volgens dat Wetboek Nap. v. Holl. niet in strijd zou zijn met de publieke orde, kan allicht naar ons bestaande recht een ongeoorloofd fideicommis zijn. En moeten wij nu niet uit art. 1020 in verband met artt. 927 en 928 besluiten, dat die fideicommissen alleen gelden, voorzoover de erflater vrije beschikking had over de goederen? Zelfs een legaat onder den last van fideicommis zou dan alleen geldig zijn, voorzoover het bleek tot het beschikbare deel te behooren.

Ik merk nog op, zonder veel gewicht daaraan te hechten, dat art. 1645 Ontw. 1820 alleen „*geoorloofde* bezwaren enz." toeliet. Wellicht doelde die bijvoeging op de fideicommissen, die ook bij dat ontwerp alleen bij uitzondering werden toegelaten.

bij vermindering verplicht en bij verbetering gerechtigd zijn tot vergoeding. Men heeft opgemerkt [1]) dat onze regeling zich aanprijst door hare eenvoudigheid; het is niet altijd na te gaan door welke oorzaken de veranderingen zijn ontstaan. Doch gesteld al, dat wij het recht aan de eenvoudigheid willen opofferen, is dan deze bepaling wel eenvoudig te noemen? „Het komt dus aan op den staat, waarin het goed zich bevond op het tijdstip der gift"; maar die staat is bij het overlijden niet altijd gemakkelijk na te gaan; eenvoudiger ware het zeker als men den toestand op het tijdstip van den dood zelf had verkozen. Maar bovendien de bepaling luidt anders, en het blijkt werkelijk een zeer ingewikkelde rekening te zijn, die de wetgever ons hier laat opmaken. Wij moeten nemen den staat op het tijdstip der gift, en de waarde bij het overlijden. Men zou meenen dat de waarde van de goederen dadelijk afhangt van den staat, waarin zij verkeeren; doch hier moeten wij den staat nemen op het eene tijdstip en de waarde op een ander tijdstip. Volgens die woorden van art. 968 zouden wij den toestand dier goederen moeten nagaan, zooals hij geweest is bij de schenking, en dan eene schatting maken naar den algemeenen marktprijs van dergelijke goederen op den tijd van het overlijden. Ik meen dat de bepaling, zoo opgevat [2]), waarlijk door haar eenvoud ons niet zal bekoren.

Maar hebben wij haar zoo op te vatten? Is dit de zin van „de waarde" in art. 968? In het algemeen neemt de wetgever, als hij over de waarde van goederen, bepaald van onroerende goederen handelt, de mogelijke schommelingen van den koers niet in aanmerking, en in de beraadslagingen vinden wij ook geen aanleiding om te denken dat hij hier met rijzende en dalende marktprijzen rekening wilde

[1]) Diephuis bl. 149.

[2]) Die opvatting neemt echter ook Diephuis aan, zie bl. 150. De rijzing of daling van den prijs is bij hem nog een afzonderlijke factor: het bedrag wordt bepaald naar de waarde, die het goed zou hebben bij den dood, in den staat waarin het was ten tijde der schenking.

houden [1]). Opmerking verdient het dat Pothier die onderscheiding tusschen staat en waarde niet kent. Wel spreekt hij van de twee tijdstippen, n.l. van de schenking en van den dood, maar in beide gevallen berekent hij naar de waarde; als regel laat hij de waarde gelden bij den dood, voor roerende goederen en offices daarentegen de waarde bij de schenking [2]). Bij de beraadslagingen over den Code civil liet men die onderscheiding tusschen onroerend en roerend goed vallen. Tronchet had haar in den conseil d'état verdedigd, omdat het roerend goed gemeenlijk door het gebruik vermindert; doch Bigot Préameneu merkte terecht op dat die vermindering toch ten laste van den boedel behoort te komen, daar zij eveneens zou hebben plaats gehad als het goed bij den erflater was verbleven. Waarom men dan echter niet eenvoudig den regel van Pothier overnam, zonder daarbij zijne uitzondering te erkennen, waarom wij den staat op het oogenblik van de gift op den voorgrond hebben te stellen en dan daarbij nog de waarde bij den dood hebben na te gaan, is duister; noch het exposé des motifs in het corps législatif, noch het rapport au tribunat van Jaubert, noch het discours van den tribun Favart geeft ons op dit punt eenig licht.

Zooals de bepaling daar ligt, meen ik haar stellig te moeten afkeuren. Maar mogen wij soms, nu reeds de eerste die haar neêrschreef, niet ernstig daarbij schijnt te hebben nagedacht, de vrijheid nemen haar op te vatten in een zin, die beter zou passen bij de algemeene beginselen? De meeste uitleggers schijnen, ook zonder het duidelijk uit te spreken, aan die „waarde" geen bijzondere beteekenis te hechten naast den „staat", en dan aan te nemen dat bij verandering van de toestanden het tijdstip van den dood beslist [3]). Doch

---

[1]) Bij Voorduin, IV 107 n. VII, vinden wij niet meer dan een paraphrase.

[2]) Pothier, t. a. p. bl. 508 v.

[3]) Laurent n. 89 noemt als voorbeeld van de vermeerdering van waarde aanspoeling of wel het aanleggen van een weg. Maar is dit niet

zij houden zich dan niet aan de woorden der wet, en bovendien, hun uitlegging bevredigt toch niet, indien wij niet mogen aannemen dat bij verandering van den toestand ten gevolge van toeval de staat in rekening wordt gebracht, zooals die is bij den dood, en bij verandering door de daad van den begiftigde de staat, zooals die was op het tijdstip der schenking. Dat dit stelsel nu werkelijk in die woorden te vinden is, zoude ik stellig niet durven beweren [1]). Toch ware wellicht die stelling niet geheel ongerijmd; ik wil althans wijzen op het eigenaardige spraakgebruik van onzen wetgever, die, waar hij wil dat alleen culpa en geen casus in rekening zal worden gebracht, soms teruggave van de zaak beveelt in den staat waarin zij verkeerde bij het ontstaan der verplichting, soms in den staat dien zij heeft bij de teruggave [2]). Beide voorstellingen zijn verward; teruggave in een vroegeren staat is onmogelijk, in den tegenwoordigen staat de eenige denkbare; de eene uitdrukking is dus onjuist, de andere zegt niets; maar zeker is het dat in al die gevallen aansprakelijkheid alleen voor culpa wordt bedoeld. Niet onmogelijk ware het, dat hier die twee termen naast elkander werden gebruikt enkel om dezelfde gedachte uit te drukken.

Voor het geval dat eene geschonkene zaak „ter oorzaak van het onvermogen van den begiftigde niet kan worden teruggegeven", bepaalt art. 970*b*, dat zij „onder de massa zal worden begrepen". De vraag doet zich voor, hoe men heeft te handelen als zulk eene schenking volgens den regel van art. 971 aan de beurt lag om te worden ingekort. Nu den legitimaris de inkorting dezer schenking niet baat,

---

een verandering van den staat? Diephuis bl. 150 noemt hetzelfde voorbeeld, ofschoon hij den stand van de prijzen nog als een afzonderlijken factor opvat (zie bl. 321 n. 2); hij komt echter in dit geval ook tot het besluit, dat de vermeerdering voor rekening van den boedel is, omdat het hier omstandigheden geldt die niet den staat zelf veranderen.

[1]) Zie echter o. a. Marcadé n. 594. Loke bl. 661.

[2]) Zie b. v. artt. 629, 829, 1010, 1139*c*, 1427, 1517, 1752 B. W.

zal hij nu ook mogen opklimmen tot vorige schenkingen? Het wordt beweerd: de legitimaris zou anders het hem verschuldigde niet verkrijgen [1]). Doch geeft de wet ons vrijheid om hem op deze wijze te helpen? De vermindering treft in de eerste plaats de testamentaire beschikkingen en daarna telkens de laatstgedane schenkingen, omdat eerst bij die latere beschikkingen de legitieme werd geschonden; bij de eerstgenomene beschikkingen heeft de schenker gegeven, wat nog zijn vrij eigendom was. In verband met de regelen van artt. 970*b* en 971 heeft dus de legitimaris recht tegen den insolventen begiftigde; al heeft dat recht voor hem geen waarde, hij kan daarom toch niet de voorgangers aanspreken, als deze niet meer ontvingen dan het beschikbare deel, waarover immers de erflater de vrije beschikking had; de wetgever had voor dit bijzondere geval van die regelen kunnen afwijken, maar hij had dan eene bepaling in dien geest moeten maken. Maar bovendien, hij had dan ook niet eenvoudig die bevoegdheid moeten toekennen om tot de vroegere begiftigden op te klimmen. Pothier heeft die bevoegdheid verdedigd comme plus équitable et mieux fondée en raison; immers of de begiftigde of de schenker zelf het goed had verteerd, peu importe [2]). Zeker, maar dan zou men toch tot eene andere beslissing, tot eene geheel andere berekening moeten komen. Had de schenker zelf het goed verteerd, de massa van art. 968 zou een lager eindcijfer hebben bereikt, en ook de legitieme portie had minder bedragen. Door dus den legitimaris te vergunnen tot de voorgaanden op te klimmen, zou men hem meer bevoordeelen dan redelijk is. Billijk is alleen de wijze van berekening, die werkelijk door vele Fransche rechtsgeleerden wordt verdedigd: zij laten die schenking buiten rekening, en de schade wordt dus omgeslagen over den legitimaris en de voorafgaande begiftigden [3]). Ongelukkig is deze rekening echter in lijnrechten strijd met ons art. 970*b*;

---

[1]) Zie b. v. Diephuis bl. 170.

[2]) Zie Pothier, t. a. p. bl. 512.

[3]) Zie b. v. Marcadé op art. 923 n. 3. Zachariä § 685 in fine.

dit bepaalt uitdrukkelijk dat wij die schenking onder de massa zullen berekenen, en wij hebben de consequentiën aan te nemen van dat beginsel.

Van de massa der samengevoegde nagelaten en weggeschonken goederen heeft men de schulden af te trekken. Art. 968 zegt stellig dat de schulden „daarvan", d. i. van „alle die goederen", worden afgetrokken [1]), en het gaat toch niet aan die woorden weg te redeneeren voor het geval, waarin zij van het meeste practische gewicht zijn, en aan te nemen dat de wetgever hier enkel het meest voorkomende geval zou hebben geregeld [2]). Ook dus bij insolventie van den boedel geldt die regel; het zal den legitimaris niet vrij staan, na verwerping of na percentsgewijze afbetaling der crediteuren bij beneficiaire aanvaarding, de legitieme portie te eischen over het bedrag van de gedane schenkingen. Wij hebben niet meer de zelfstandige querela inofficiosae donationis van het Romeinsche recht; onze wetgever stelt als grondslag voor de berekening het vermogen, zooals dat zou geweest zijn als het niet door schenkingen was verminderd; waren die schenkingen niet gedaan, dan zoude ook het bedrag daarvan voor de betaling der schulden hebben gestrekt, en eerst over het dan overblijvende zou de legitieme kunnen worden geeischt. Op dezelfde wijze zal nu dat cijfer moeten worden vastgesteld, nu die schenkingen wel zijn gedaan.

Met deze opvatting komt ook de bepaling overeen van art. 967*b*: „Desniettegenstaande zullen de legitimarissen van die vermindering niets kunnen genieten ten nadeele van de

In hoever die meening met het Fransche recht, dat ons art. 970*b* niet kent, is overeen te brengen, is een andere vraag; zie b. v. Laurent n. 191.

[1]) Art. 922 C. c.: on calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes etc. Pothier bl. 509: Cette masse ainsi composée, on doit en déduire etc. Art. 298 Cout. de Paris: Sur le tout déduit les debtes et frais funéraux.

[2]) Zoo de meeste Fransche rechtsgeleerden. Verg. Laurent n. 102. Ook Loke trekt de schulden alleen af voorzoover zij uit den boedel kunnen worden betaald.

schuldeischers van den overledene". Duidelijk zijn die woorden niet, en zij geven dan ook aanleiding tot verschil van meening. Art. 967*b* verving art. 921 C. c., dat bepaalde: les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, *ni en profiter*. Heeft nu onze wetgever werkelijk een ander stelsel aangenomen dan de Code [1])? Uit de geschiedenis [2]) blijkt, dat men zich voorstelde met de nieuwe woorden iets nieuws te bepalen, maar bij de beraadslagingen schijnt men zich de bevoegdheid om de schenkingen volgens art. 921 C. c. in te korten uitgestrekter te hebben gedacht dan zij werkelijk was, en bovendien zich geen heldere voorstellingen te hebben gemaakt over de betrekking, die volgens art. 967*b* tusschen de legitimarissen en de schuldeischers van den boedel zou bestaan. Bij nauwkeurige beschouwing blijkt ons van het verschil tusschen de Fransche en de Nederlandsche bepaling weinig over te blijven. Trouwens het ware vreemd als, bij gelijkheid van het stelsel in artt. 968 B. W. en 922 C. c., de daarmede samenhangende artt. 967*b* en 921 zoozeer van elkaar afweken.

Dat de crediteuren, zooals art. 921 C. c. bepaalt, van de legitieme geen voordeel kunnen hebben, is duidelijk. Voor de schulden zijn alle tegenwoordige en toekomstige goederen van den schuldenaar aansprakelijk, maar de weggeschonken goederen zijn niet meer in den boedel. Crediteuren, wier vorderingen reeds bestonden op het oogenblik van de gift, zullen, als ook de verdere vereischten aanwezig zijn, door de actio Pauliana de schenking kunnen doen vernietigen, maar zij houden zich overigens aan den boedel. Levert deze, bij aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving, slechts percenten op, dan zullen zij toch geen verhaal op de weggeschonken goederen kunnen nemen. Wel worden die goederen ter berekening van de legitieme „fictivement" bij de nagelaten goederen geteld, maar die berekening van de legi-

---

[1]) Zoo b. v. **Diephuis** bl. 164. Zie echter v. **Manen** in *N. Bijdr.* XVI 722 v.

[2]) **Voorduin** IV 102 v.

tieme betreft het recht van de legitimarissen, niet van de crediteuren. Bij de beraadslagingen over den Code civil werd breedvoerig gesproken over de verplichting om de crediteuren ook uit deze teruggebrachte goederen te betalen; de Premier Consul meende zelfs: qu'il est contre les moeurs qu'un fils opulent ne paye point les dettes de son père; dat beginsel zou overigens nog tot heel andere uitkomsten moeten leiden. Maar tegen dergelijke opvattingen diende nu de bepaling, dat de crediteuren van de inkorting geen voordeel zullen hebben; de legitimaris zal het teruggebrachte niet aan hen hebben af te staan.

Tot welk bedrag wordt dan in een dergelijk geval — waarin de nalatenschap insolvent en onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard is — de inkorting op de bij het leven gedane schenkingen toegestaan? Wij willen cijfers stellen, om de zaak te verduidelijken. Was een schenking gedaan van *f* 60000 en bij den dood nog aan baten aanwezig *f* 60000, maar daartegenover schulden ten beloope van *f* 80000, dan wordt de legitieme berekend over *f* 60000 + *f* 60000 — *f* 80000 = *f* 40000. De schuldeischers zullen slechts 75 perc. hunner vorderingen ontvangen, en de legitimaris, gesteld dat er slechts één is, zal de schenking voor een bedrag van *f* 20000 kunnen vernietigen, en natuurlijk dat bedrag ook voor zich mogen behouden. Ook volgens het Fransche recht was men m. i. niet gerechtigd eenvoudig het bedrag van de geschonkene goederen als grondslag van de berekening te nemen. Laurent geeft in het gestelde geval eene legitieme van *f* 30000, de helft van de schenking van *f* 60000; „ce mode de déduire les dettes est la conséquence logique des articles 921 en 913" [1]). Maar hij kan niet ontkennen dat hij daarmede in lijnrechten strijd komt met art. 922 (art. 968 B. W.), dat toch een uitvloeisel is van het hoofdbeginsel van de legitieme. De legitieme is een aandeel in den boedel, zooals hij geweest zou zijn als hij niet door schenkingen was verminderd; waren de goederen niet weg-

---

[1]) Laurent n. 102.

geschonken, dan zoude de legitieme portie eveneens slechts *f* 20000, niet *f* 30000 hebben bedragen. Doch art. 922 wordt ter zijde gesteld: „Si l'art. 922 ne l'a pas prescrit, c'est qu'il n'a statué que sur le cas qui se présente d'ordinaire, comme le législateur le fait toujours, c'est à dire sur le cas où l'actif excède le passif.“ Zooals ik hierboven reeds opmerkte omtrent art. 968, art. 922 C. c. spreekt toch te duidelijk dan dat het zijn kracht zou verliezen zoodra het van practische beteekenis wordt.

Het is niet zonder zekeren schroom, dat ik deze uitlegging geef van de Fransche bepalingen. Laurent zegt stellig van zijne leer: les auteurs sont unanimes. Evenwel, al mocht hun leer de ware zijn voor het Fransche recht, voor het onze meen ik zeker de voorgestelde wijze van rekenen te mogen handhaven. Volgens art. 968 zal de legitieme worden berekend over de weggeschonken en nagelaten baten onder aftrek van de schulden, en over dat bedrag mag hij de legitieme — in het hierbovengestelde geval dus de helft van *f* 40000 — opvorderen en natuurlijk ook behouden. Wat met art. 967*b* bedoeld wordt, is duister; zooals het daar ligt, zegt het niets; die *f* 20000 geniet de legitimaris natuurlijk niet ten nadeele van de schuldeischers van den overledene; het bedrag wordt uitgekeerd door den begiftigde en dus te diens koste, en voor de crediteuren heeft de reductie noch nadeel noch voordeel ten gevolge. Al was dus de wetgever voornemens het Fransche stelsel te wijzigen, hij heeft dat voornemen niet uitgevoerd [1]). Maar bovendien, *wat* meende hij te moeten afschaffen? De redevoering van den heer van Crombrugghe doelt zeker eenvoudig op het feit, dat volgens den Code de legitimaris het bedrag van de teruggevorderde schenkingen niet heeft uit te keeren aan de crediteuren; de nieuwigheid van onze wet zou dan daarin bestaan, dat hij voortaan wel daartoe verplicht zal zijn. Maar is met die oppervlakkige declamatie wel alles gezegd? Het is de

[1]) Zie van Manen, hierboven aangehaald.

vraag, hoe onze wetgever zich art. 921 C. c. heeft voorgesteld; hij heeft misschien gemeend met zijne nieuwe bepaling te moeten opkomen tegen art. 921 C. c., n. l. zooals dit — m. i. vreemd genoeg — algemeen werd opgevat. Ik wil toegeven dat mijne uitlegging van art. 921 C. c. onjuist is; die vraag is hier van minder gewicht; van belang is het echter dat de tegenovergestelde leer de heerschende is en was; en tegenover art. 921 C. c., onder dat licht beschouwd, staat nu ons art. 967*b*. *Niet* over de geschonken goederen alleen wordt de legitieme berekend, *niet* *f* 30000, maar *f* 20000 kan van den begiftigde worden teruggevorderd. Ook onder art. 921 C. c. had men m. i. op die wijze moeten beslissen, maar dat was niet de gewone leer; de gebruikelijke argumentatie, die op grond van art. 921 werd gevoerd, heeft onze wetgever verworpen door dat artikel te laten vervallen. Wat hij daarvoor in de plaats stelde, is niet veel zaaks; maar dat heeft dan althans dit gelukkige gevolg, dat het geen gewicht in de schaal kan leggen tegenover 't geen art. 968 ons stellig en overeenkomstig het stelsel te lezen geeft. De legitimaris vordert van den begiftigde *f* 20000, en niet meer. Maar hij eischt die voor zich, zonder dat hij aan de crediteurèn een deel van die som heeft uit te keeren. Ook niet minder dan *f* 20000 kent de wetgever hem toe.

Voordat wij van art. 967 afstappen, wil ik nog opmerken dat de aanhef der bepaling met dien van art. 921 C. c. overeenkomt. Evenmin als voor het Fransche recht zal men dus kunnen beweren, dat er een vordering noodig is om het recht van den legitimaris te doen ontstaan en dat „berusting" het recht op de nalatenschap doet vervallen.

Is het wenschelijk de legitieme portie te behouden?

Ik stel die vraag in de eerste plaats ten aanzien van de legitieme onzer wet, wier wezen ik in de vorige bladzijden getracht heb te schetsen. Het antwoord kan moeilijk anders dan ontkennend luiden. Wij vinden in onze bepalingen over

de legitieme portie met eene zekere consequentie het oude beginsel van het onscheudbare familie-erfrecht voor de rechte lijn gehandhaafd. Maar al mag de consequentie een deugd heeten, het beginsel, waarvan men uitgaat, behoort gezond te zijn; zoo niet, dan dient de consequentie alleen om de onjuistheid van het beginsel practisch aan te toonen. Zoo ook hier: het beginsel van het onschendbare familieërfrecht past niet meer in onze maatschappij; en de verschillende toepassingen, zooals zij nog in onze wet voorkomen, verdienen uit een practisch oogpunt weinig aanbeveling. Ik vlei mij, zonder moeite de bewijzen voor deze bewering te kunnen bijbrengen.

De legitimaris kan staan op zijn recht om te erven. Al heeft de erflater hem voldoende bedacht met legaten, hij kan zich beroepen op zijn erfrecht, dat de erflater hem niet kan ontnemen, dat hem zonder zijne toestemming ook niet kan worden afgekocht. Het is niet om den titel van erfgenaam te doen, als in het Romeinsche recht; aan zijne gevoeligheid op dat punt zoude de erflater zonder moeite kunnen voldoen; hij zou den legitimaris als erfgenaam kunnen instellen ex re certa, en deze mocht dan het te kort opvorderen door eene actio ad supplendum. Maar de legitimaris heeft recht op de erfopvolging zelve; hij kan zijn deel eischen in den boedel, en door de boedelscheiding worden wellicht de belangen van allen benadeeld; de zijne niet alleen, maar ook die van de anderen, die door zijne onhandelbaarheid behalve allerlei moeite ook belangrijke schade hebben te lijden. De bestgezinde erflater wordt hier belemmerd in het beramen van zijne beschikkingen; hij kan altijd stuiten op den onwil van een legitimaris, die uit onverstand, misschien zelfs uit plaagzucht, zijn recht van erfgenaamschap niet wil opgeven.

De erflater heeft wellicht den legitimaris wel tot erfgenaam ingesteld, maar hem legaten opgelegd, waartegenover echter de legatarissen weêr uitkeeringen aan den boedel hebben te doen. Eveneens als hij zijn echtgenoot de bevoegdheid geeft van de onroerende en roerende goederen tot zich te nemen wat deze verlangt, maar weder tegen uit-

keering van de waarde [1]). Zal de legitimaris verplicht zijn zich daaraan te onderwerpen? Voorzoover de legitieme zich uitstrekt, was de erflater niet gerechtigd testamentaire beschikkingen te maken, en al wordt de legitimaris niet benadeeld, hij heeft zich weder dien afkoop van de goederen niet te laten welgevallen [2]).

Er doet zich op dit punt nog een bezwaar voor, hoewel dan van minder gewicht. De legitimaris, die onterfd is en in de onterving berust, is toch erfgenaam geworden; de wetgever maakt hem erfgenaam van de legitieme portie, onafhankelijk van het testament. Dat erfgenaamschap eindigt alleen door verwerping; al heeft de legitimaris het hem aangeboden legaat aanvaard, al doet hij eenige andere handeling waaruit zijn berusting blijkt, hij blijft, zoolang hij niet verworpen heeft, aansprakelijk voor de schulden der nalatenschap; en eveneens zal een boedelscheiding, door de andere kinderen — die tot erfgenamen waren ingesteld onder verplichting om hem de legitieme in geld uit te keeren — onderling aangegaan, als nietig moeten worden beschouwd, omdat niet alle deelgerechtigden daaraan deelnamen [3]). Uit art. 967*a* volgt niet, dat het recht van een vordering afhankelijk wordt gesteld. Bij gebreke van verwerping kunnen dus moeilijkheden ontstaan, die men waarschijnlijk niet verwachtte.

Dat het absolute karakter van de legitieme den erflater soms ook verhindert het recht van den legitimaris te be-

---

[1]) Wij hebben hier niet in te gaan op de vraag, in hoever dergelijke beschikkingen als legaten kunnen gelden.

[2]) Zie arrest Utrecht 6 Febr. 1865, *W.* 2721; anders de rechtb. aldaar 12 Juni 1863, *Rechtsgel. Bijblad* 1870 bl. 72; vonnis 's Hertogenbosch 2 Nov. 1883, *W.* 4975, vonnis Rotterdam 18 Juni 1856, *N. Bijbl.* VII 162. Verg. A. J. van Deinse in *N. Bijdr.* 1868 bl. 545 v.

[3]) Zie vonnis Zutphen van 21 Febr. 1884, *W.* 5070; anders arrest Arnhem 19 Nov. 1884, *W.* 5138 en Hooge Raad 4 Dec. 1885, *W.* 5246; de conclusie van den adv. gen. Polis was echter in den geest van de rechtbank. Vroeger ook een arrest van Zeeland 29 Dec. 1857, *N. R. Bijbl.* VIII. 374 en een vonnis van Leeuwarden 1861, *W.* 2294.

perken in het welbegrepen belang van den legitimaris zelf, meen ik zeer te moeten betreuren. Wij spraken reeds over het geval dat een vader het aan zijne dochter nagelatene buiten de gemeenschap wil houden, en over het onder bewind stellen volgens art. 1066. Maar ook het verleenen van het bezit aan een executeur, misschien zelfs de benoeming van een executeur, zal voor de legitieme portie — en daardoor indirect ook voor de geheele erfenis — niet wel mogelijk zijn; al wordt bij den executeur niet uitdrukkelijk, als in artt. 928, 1020, 1021, 1066, voor de legitieme een uitzondering gemaakt, die uitzondering is reeds opgesloten in art. 960. Langs een omweg, zagen wij, kan men in menig geval zijn doel bereiken; men kan den legitimaris er toe brengen de erfenis te verwerpen en een legaat aan te nemen, waaraan de beperkingen verbonden zijn, die men wenscht te maken. Maar velen verkiezen den koninklijken weg, reeds uit beginsel, en ook omdat een legaat nog geen erfstelling is. De vader heeft reden te meenen dat het beter is als het goed, dat hij aan zijne dochter nalaat, buiten de gemeenschap blijft; maar hij is daarom nog niet tevreden met de oplossing, dat hij aan zijn dochter een legaat kan maken zoo hoog men maar wil, en dan de erfenis moet laten aan een vreemde. Ook exheredatio bona mente, onterving of regeling van het erfrecht in het belang van den legitimaris zelf, behoorde te zijn toegelaten. Mocht de wetgever tegen dergelijke regelingen overwegend bezwaar hebben [1]), dan moet hij die indirecte middelen ook niet vrijlaten, en heeft hij dergelijke bezwaren niet, dan moet hij niet dwingen om met dergelijke handigheden te werken, die ons toch moeilijk kunnen behagen.

Dat er redenen van onterving moesten zijn erkend, 't zij bij de wet genoemd, 't zij aan het oordeel des rechters overgelaten, is ook moeilijk tegen te spreken. Een legitimaris,

[1]) De vraag, hoever zich de publieke orde uitstrekt, is ook hier moeilijk te beantwoorden. Zal men b. v. de erfenis kunnen verwerpen en dan een legaat in fideicommis aanvaarden? Zie hierboven bl. 319 noot.

die den erflater gegronde redenen van misnoegen gaf, behoudt nu zijn recht op de nalatenschap, tenzij hij soms in de termen mocht vallen van onwaardigheid. Het is volkomen consequent: voor het deel, dat tot legitieme portie is verheven, is de erflater niet alleen niet meer de absolute wetgever, die recht schept uti legassit, men heeft hem zelfs niet meer de waardigheid gelaten van het hoofd van het gezin, dat de beschikkingen mag beramen, die naar gelang van de omstandigheden billijk of in het belang van het gezin geraden zijn. De wetgever geeft voor het wettelijk erfdeel de voorkeur aan zijn eigen regelen over de erfopvolging, maar die regelen zijn toch door hunne algemeenheid zeer bedenkelijk. Ik beweer niet dat alle vaders wijs en verstandig zijn; ik erken ook dat door hunne vrijheid om bij testament te beschikken hun gezag de kinderen nog lang na de meerderjarigheid zou kunnen drukken. Ik vraag echter of die volstrekte uitsluiting van de ouders zooveel beter is.

In de absolute werking van de legitieme tegenover derden ligt eveneens een groot bezwaar. Een onroerend goed is weggeschonken door een eigenaar, die op dat tijdstip geen afstammelingen heeft, die zelfs niet denkt aan een huwelijk, en die bovendien behalve het weggeschonkene nog een groot vermogen bezit. De begiftigde verbindt of vervreemdt het goed. Jaren daarna sterft de schenker; hij was intusschen gehuwd en met kinderen gezegend, doch zijn vermogen is aanmerkelijk verminderd. Die kinderen kunnen het goed van den derde terugvorderen en de hypotheek als nietig beschouwen; en dat alles gedurende dertig jaar na den dood, want eerst bij den dood begint voor hen de verjaring te loopen. Ik geef toe, het geval zal zich niet licht voordoen, maar dan zijn de bepalingen van artt. 975 en 976 onnoodig; waar het geval zich voordoet, zijn die bepalingen hard. Men kan zeggen, de kooper en de crediteur zijn bekend met de wet en hebben dus de schade zich zelf te wijten; maar het is toch wel wat veel gevergd, als zij ook op zulk een samenloop van omstandigheden bedacht moeten zijn. Men heeft

artt. 975 en 976 verdedigd als noodzakelijk om den legitimaris tot zijn recht te doen komen; maar een wetsbepaling verdient nog niet den naam van practisch, als zij de belangen bezorgt van één van de partijen, die in de zaak betrokken zijn. De legitimaris zal de beslissing prijzen, maar de derde zeker niet. De wetgever staat hier voor de vraag, die zoo dikwijls zich voordoet: zal de handeling, tengevolge van het gebrek dat haar aankleeft, van het begin af nietig zijn of eerst nietig worden van het oogenblik waarop zij wordt aangevallen? Voor hem die tegen de handeling opkomt, is het eerste het meest gewenscht, maar voor de derden — en ook in het belang van het verkeer, omdat het gevaar voor resolutio ex tunc koopers en crediteuren zal afschrikken — is zeker het andere te verkiezen. Aan den wetgever is het eene keuze te doen, welk van beide belangen hij wil handhaven en welk hij daartegenover wil opofferen. Zijne beslissing kan natuurlijk niet practisch heeten enkel omdat zij voor eene der partijen gunstig is. Wel wordt in de meeste gevallen, waarin deze vraag zich voordoet, het belang van het verkeer of dat van den eischer als de afdoende ratio voorgesteld; alsof niet uit den aard der zaak altijd die beide belangen bestaan en dus altijd naar believen zoowel de eene als de andere beslissing daarmeê verdedigd zou kunnen worden! De wetgever heeft na te gaan, wat in dergelijke gevallen het zwaarst heeft te wegen, en eerst als hij in dien zin eene gelukkige keuze heeft gedaan, mag men zijne bepaling practisch noemen. Maar hier is dit geenszins het geval. Het is hier alleen de consequentie, waardoor de wetgever — of liever zijn voorganger, dien hij blindelings volgde — blijkt geleid te zijn.

Het voorafgaande geldt ook voor het geval dat eene legitieme toekomt aan adscendenten. Pothier kende de legitieme nog alleen toe aan de afstammelingen, maar in den Code civil werd zij ook aangenomen ten behoeve van de opgaande lijn, omdat men begreep dat de rechten en verplichtingen wederkeerig moeten zijn. Nu laat echter die wederkeerigheid

reeds inzoover veel te wenschen over dat wel de adscendenten, indien zij eenmaal tot de erfenis worden geroepen, recht hebben op legitieme, maar dat zij toch niet, evenals de descendenten, in de eerste plaats tot de erfenis worden geroepen. Grootouders b. v. kunnen geen aanspraken doen gelden dan bij gebreke van broeders en zusters en van afstammelingen daarvan. Maar dat niet alleen; men heeft niet slechts ook aan adscendenten *eene* legitieme toegekend; men heeft hun bepaald *de* legitieme gegeven, zooals die ook voor de descendenten geldt. In dit geval is echter de regel van artt. 975 en 976 wel zeer ongelukkig. De overledene had, toen hij onroerende goederen wegschonk, niet alleen grootouders, maar ook broeders en zusters, met talrijk kroost misschien. De begiftigde, en eveneens hij die het geschonkene goed van hem koopt of een hypotheek daarop neemt, moet nu bedenken dat bij den mogelijken dood — zelfs bij de verwerping [1]) — van die bloedverwanten in de zijlijn eene legitieme kan ontstaan voor de grootouders; blijven dezen zoolang gespaard dat zij nog leven bij den dood van den schenker, dan zullen die vervreemdingen en hypotheken weer blijken nietig te zijn geweest.

Ik wil niet stilstaan bij de bijzondere aanmerkingen, die nog op onderscheidene bepalingen uit deze Afdeeling gemaakt kunnen worden. De berekening der legitieme individueel voor de legitimarissen is te verkiezen boven de collectieve berekening van den Code civil; maar of zij geheel „op de ware beginselen gegrond is“, zooals Asser § 488 het voorstelt, is te betwijfelen. Dat verwerping of onwaardigheid van een der legitimarissen geen recht op aanwas moet geven voor de anderen, is goed gezien; maar de regel van art. 1104 zou toch ten gevolge moeten hebben dat bij verwerping een geheel nieuwe berekening van de erfportiën werd gemaakt, waardoor dan ook het bedrag van de legitieme werd ver-

---

[1]) Die verwerping geschiedde misschien met opzet, om een recht op legitieme te doen ontstaan, waarvan de verwerpers later voordeel zullen trekken.

meerderd. In art. 976 zijn, zooals algemeen erkend is, een paar fouten geslopen; maar men mag ook betwijfelen of terecht in het tweede lid wordt voorgeschreven dat de orde van de vervreemdingen moet worden gevolgd, evenals volgens art. 971 de volgorde van de schenkingen. Die regel van art. 971 kan, zooals ik reeds opmerkte, in verband met den regel van art. 970*b* ongelukkig werken, indien eene gift, die aan de beurt van inkorting lag, ten gevolge van het onvermogen niet kan worden teruggegeven. Het rechtsvermoeden van art. 969 is niet boven bedenking verheven. Art. 965 is onvoldoende; wanneer behalve het vruchtgebruik of de lijfrente nog andere legaten zijn gemaakt, zal eene kapitalisatie vereischt worden, doch de regelen daaromtrent ontbreken. Dit alles is echter van minder gewicht. Ik heb dus gemeend mij te mogen bepalen tot die bezwaren tegen onze legitieme portie, welke hun grond vinden in de handhaving van het beginsel van het onschendbare familie-erfrecht voor de rechte lijn.

Nu rijst echter een tweede vraag. Indien wij al de legitieme portie afkeuren, zooals zij in het Fransche en Nederlandsche recht geregeld is, is dan toch niet eene legitieme portie in het algemeen wenschelijk, in den geest b. v. van het latere Romeinsche recht? Gemeenlijk schijnt men bij de vraag over het behoud der legitieme in jure constituendo aan eene legitieme in dergelijken ruimeren zin te denken en niet in het bijzonder aan die van onze bestaande wet.

Als regel is aan ieder de bevoegdheid gelaten om over het zijne ook bij schenking onder de levenden en bij testament te beschikken. Welke redenen zijn er nu om ten behoeve van bepaalde erfgenamen die bevoegdheid te beperken? Eigenlijk zouden wij zelfs kunnen vragen, waarom de bevoegdheid enkel *beperkt* wordt; als er gronden zijn om een deel van het vermogen onbeschikbaar te verklaren, dan zullen die waarschijnlijk ook voor den geheelen boedel kunnen gelden. Men sprak in den conseil d'état van eene balance égale entre les droits de propriété et les devoirs de famille; naast de de-

voirs de famille blijven dus de droits de propriété gelden, en aan de redenen, die voor de legitieme pleiten, blijkt de wetgever slechts een betrekkelijk gewicht toe te kennen. Wij moeten ons dus voorbereid houden eerder eene verdediging, eene apologie van de legitieme te zullen vernemen dan wel stellige bewijzen, waarom deze uitzondering moet gemaakt worden op het recht om over zijn eigen goed naar eigen goedvinden te beschikken. Maar welke gronden, al zijn ze dan ook niet afdoende en beslissende, zijn nu voor het behoud eener legitieme bij te brengen?

In de eerste plaats willen wij de overwegingen van algemeen maatschappelijk belang nagaan, die ten gunste der legitieme zijn aangevoerd. Veel indruk kunnen zij echter niet maken, vooral als wij zien dat ook de tegenstanders der legitieme op dat terrein zich niet verlegen voelen. Beide partijen weten hun leer aan te prijzen met bespiegelingen, die voor hen zelve zeker afdoende zijn, maar die niet de kracht hebben om de tegenpartij te overtuigen noch ook om iemand, die nog geen gevestigde meening had, te bewegen om partij te kiezen.

Het behoud der legitieme zou de verdeeling der fortuinen in de hand werken; het kan ons dus niet verwonderen dat de wet van 17 Nivôse an II (6 Jan. 1794) de vrijheid van beschikking bijna geheel vernietigde [1]: men wilde gelijkheid, ook in de vermogens. Maar reeds de wet van 4 Germinal an VIII bracht het beschikbare deel op eene kindsportie, en ook bij de beraadslagingen in den conseil d'état over den Code civil werd zeer stellig uitgesproken, dat die opvattingen van de „fameuse loi de Nivôse" haar tijd hadden gehad. Het staatsbelang, meende men nu, eischte het behoud van de familie, en daartoe is het behoud van het vermogen noodig, omdat dit het gemeenschappelijke middelpunt voor de familie uitmaakt. Ook in onze tijden kunnen de meer egalitaire of meer aristocratische neigingen hier van invloed zijn. Trouwens

[1] In de rechte lijn was slechts een tiende, in de zijlijn een zesde deel beschikbaar.

dit geldt alleen als er sprake is van een legitieme tusschen de kinderen onderling; de legitieme kan echter ook beschikkingen ten behoeve van vreemden verhinderen.

Laat de wetgever den erflater vrijheid, dan kan deze het vermogen nalaten aan hem, die in het belang van de maatschappij het beste gebruik daarvan kan maken; maar hij offert daartegenover de anderen op, en benadeelt daardoor ook de maatschappij zelve. Uit die verschillende oogpunten werd de zaak beschouwd in den conseil d'état; en ook thans is dit nog het geval [1]). Doch de beide redeneeringen vernietigen elkander, en bovendien past bezwaarlijk dezelfde regel voor alle vermogens; bij groote fortuinen is verdeeling gewenscht, kleine vermogens worden daardoor vernietigd. Maar de begrippen van groot en klein zijn hier zeer betrekkelijk.

In het bijzonder belang van den landbouw werden dezelfde redeneeringen te berde gebracht. Men wilde vrije beschikking, omdat de grondeigendom door onmatige splitsing zijn waarde zou verliezen; en toch heeft de Staat belang bij een onafhankelijken boerenstand. Men ziet, wat nu in dien geest wordt gepredikt, is niet geheel nieuw. Dit bezwaar tegen de legitieme is dan ook niet weg te cijferen. Maar men moet erkennen dat ook de latifundia nadeelig kunnen werken, en uit dit oogpunt is en wordt de legitieme ook weder verdedigd.

Bij al deze beschouwingen zou men overigens verder moeten gaan. Verlangt men, dat de vermogens en bepaaldelijk dat het grondbezit niet te groot en niet te klein zal zijn, dan zijn er meer radicale maatregelen noodig. De wetgever zou dan niet aan den erflater de regeling moeten overlaten, maar reeds bij het erfrecht bij versterf rekening moeten houden met de hoegrootheid van de toegekende portiën. Met deze, zeker hoogstbelangrijke, vraagpunten staat de vraag, of de

---

[1]) De verdedigers van de vrijheid van beschikking geven overigens idyllische voorstellingen over de liefderijke wijze waarop de begunstigde erfgenaam de misdeelden zal steunen; zie b. v. le Play in zijn *Organisation du travail*. Dat is te liefelijk gekleurd dan dat men het durft te gelooven — als men niet reeds vooraf voor de zaak gewonnen is.

legitieme behouden moet worden, slechts zeer indirect in verband.

Het behoud van de legitieme is ook nog bepleit in het belang van de kinderen; de ouderlijke macht zou anders niet eindigen bij de meerderjarigheid; de vrees voor onterving zou de kinderen in onderworpenheid houden tot aan den dood. Maar moet men nu, om sommige kinderen — op wier karakter ook niet bijzonder te roemen is — te beschermen tegen tyrannieke ouders, aan de ouders in het algemeen het recht van beschikking ontnemen? Men kan trouwens ook hier weder de zaak omkeeren en haar beschouwen van uit het standpunt van de testamentmakende ouders. In den conseil d'état waren de vaders aan het woord, en zij meenden dat „un mauvais père est un phénomène dont l'apparition afflige rarement les âmes sensibles"; met de kinderen daarentegen zag het er veel minder goed uit; vooral sedert de revolutie had men veel te stellen met een déplorable accroissement de l'insubordination et de la dépravation des mœurs de la jeunesse. En nu moest immers die macht van de ouders om te beloonen of te straffen de kinderen in den band houden! Dat was ook in het belang van den Staat. Les pères sont la providence des familles comme le Gouvernement est la providence de l'Etat; il serait impossible à celui-ci de maintenir l'ordre s'il n'était efficacement secouru par les premiers. Er was nog een bijkomend voordeel voor den Staat; de ouders konden de kinderen tegemoet komen, die in den staatsdienst een karige bezoldiging ontvangen. Men ziet weder, gronden van dat gehalte kunnen voor- en tegenstanders bijbrengen. Dat is dan ook het gewone gebrek van dergelijke argumenten van conveniëntie, van redeneeringen over directe en indirecte gevolgen. Zij zijn wel niet te verwaarloozen, maar moeten toch slechts een ondergeschikte plaats innemen. De oplossing kunnen zij niet geven.

Welke gronden zijn er nu om aan de kinderen die aanspraak te geven op het goed der ouders? De ouders zijn toch eigenaars. Men maakt soms een onderscheiding: voorzoover

het goed van de ouders afkomstig is, behoort het weêr aan de kinderen te worden nagelaten. De bijbel wordt ten bewijze aangevoerd [1]; in Genesis 48: 22 zegt Jacob op zijn sterfbed tot Jozef: „Ik heb u een stuk lands gegeven boven uwe broeders, hetwelk ik met mijn zwaard en met mijnen boog uit de hand der Amorieten genomen heb." Daarover mocht hij dus vrijelijk beschikken. Anders daarentegen met het stamgoed. „Pour nous servir du langage des coutumes, il les a reçus de ses pères comme instruments de travail, comme base de la famille qui se perpétue à travers les âges; ce qu'il a reçu à ce titre, il doit le transmettre au même titre à ses plus proches parents. Ces sentiments nous sont inspirés par la nature, comme dirent les lois romaines et les coutumes: l'homme ne doit pas détruire l'oeuvre de Dieu." Deze krachtige taal is van Laurent [2]. Maar ik veroorloof mij enkele vragen. Waarom de verplichting dan niet meer jegens de „plus proches parents", maar alleen jegens de rechte lijn? Zoo geheel vast in de leer is men dus toch niet gebleven. Staat ook het beginsel zelf zoo vast, m. a. w. rust er zulk een — zij het dan ook moreele — last op het geërfde vermogen? In het voorbijgaan merk ik op, dat het in onze maatschappij moeilijk wordt de grens tusschen propres en acquêts te trekken, en dat men toch het bezwaar niet mag ontgaan door de acquêts het lot van de propres te laten volgen. Maar de juistheid van het beginsel zelf mag men betwijfelen. Al heb ik mijn vermogen niet verworven met mijn zwaard en mijn boog, maar het door erfenis verkregen — en gespaard en niet verteerd, waartoe ik toch evenzeer bevoegd was geweest —, het is in beide gevallen mijn eigendom en ik heb ten aanzien van het een geen meerdere verplichtingen dan voor het andere. Voorzeker, er bestaan zedelijke verplichtingen voor hem die in het bezit is van aardsche goederen, als voor ieder wien eenigerlei gave geschonken is. Hij moet het vrucht-

[1]) Merlin, *Rép.* in v. Réserve coutumière § 1 art. 1.
[2]) Laurent XII p. 16.

baar maken voor zich en voor zijnen naaste; maar hij vat zijne verplichtingen al zeer bekrompen op, als hij meent alles gedaan te hebben door het goed voor de familie te bewaren. Een nauwkeurige en ernstige beschouwing van de zaak zal ons, meen ik, tot een geheel ander besluit moeten leiden.

Of is er geen nader onderzoek noodig, nu toch de algemeene rechtsovertuiging uitspraak heeft gedaan voor de legitieme? Men beweert het; maar weegt dat bewijs zoo zwaar als men het zich voorstelt? Hoeveel van die overtuiging moet op rekening gebracht worden van de „School“, die in het Romeinsche recht, in *het* recht bij uitnemendheid, de legitieme vond en geloovig aannam? Hoeveel ook is overblijfsel van Germaansche opvattingen, die trouwens veel wijder strekking hebben gehad, maar die ook in haar afgesleten vorm niet meer passen in onze maatschappij? De algemeene rechtsovertuiging heeft haar waarde, maar zij kan een algemeene rechtsdwaling zijn; en vooral, zij is niet gedoemd tot stilstand en daardoor weder tot het tegenhouden van allen vooruitgang.

De legitieme is een recht voor de rechte lijn op een zeker deel van de nalatenschap. Het komt mij voor, dat de wetgever hier aan den eenen kant te ver, aan den anderen kant niet ver genoeg gaat. Het beginsel van de legitieme kan ik niet goedkeuren; een ander beginsel zoude ik echter daarvoor in de plaats gesteld willen zien.

De legitieme geeft aan de rechte lijn altijd een zeker deel. Kan men met de algemeenheid van dien regel vrede hebben? Men zal misschien op allerlei gevallen wijzen, waarin het billijk is dat de ouders in hunne vrijheid beperkt worden; ik kan zonder moeite evenveel gevallen daartegenover stellen, waarin dat onbillijk is. Men acht het kwetsend voor de kinderen, als zij bij hunne broeders en zusters worden achtergesteld [1]), en een schreeuwend onrecht als het

[1]) In dien geest sprak men in den conseil d'état; art. 303 Cout. de Paris had reeds datzelfde beginsel.

eigen bloed onterfd wordt ten voordeele van vreemden [1]). Wie zal ontkennen dat ouders verblind kunnen zijn, dat zij een kind kunnen voortrekken met minder reden dan Jacob had ten aanzien van Josef, dat zij het goed kunnen wegmaken aan instellingen, die minder behoeften hebben dan het eigen gezin, wellicht zelfs aan turpes personae? Maar stel nu het geval dat er enkele ongelukkige kinderen zijn, voor wie de geheele nalatenschap ternauwernood voldoende onderhoud kan opleveren, terwijl de anderen, misschien door den steun der ouders, volkomen in staat zijn voor zich zelf te zorgen. En stel, al de kinderen zijn verzorgd, en bij zijn dood wil de vader het weinige dat hij bezit nalaten aan de vrouw, die oud en afgewerkt is. Maar zij is volgens onze wet — ook al op grond van eerbiedwaardige oude rechtsovertuigingen — een vreemde; zij zal van hare kinderen onderhoud kunnen eischen, maar de man mag haar bij testament of bij schenking niet het noodige toeleggen om haar overige dagen in onafhankelijkheid te kunnen slijten.

Er is een deel van de nalatenschap beschikbaar; maar dat is in den regel niet voldoende, als werkelijk den erflater eenige ruimte moet worden gelaten. Die gedeeltelijke vrijheid is eigenlijk een bewijs van halfheid, een erkenning dat men van het beginsel niet volkomen overtuigd is. De wetgever gevoelt dat zijn regel te absoluut is, maar dan moest hij niet in elk geval voor een deel vrijheid geven; het remedie zou daarin moeten bestaan, dat in sommige gevallen de vrijheid wèl, en in andere gevallen niet werd gegeven. Hoe men dan die splitsing zou moeten maken, is een andere vraag; van een nieuwen regel, door den wetgever gesteld, zou niet veel heil zijn te wachten.

Want juist dat er een regel is, die het overgaan van de nalatenschap op de rechte lijn voorschrijft, is af te keuren. De wetgever grijpt hier op al te ruwe wijze in op de bij-

---

[1]) Bij onze beraadslagingen maakte men meer bezwaar tegen de legitieme in dit geval. Voorduin IV 102.

zondere verhoudingen van den erflater en de zijnen. Eerder zou men dan den rechter in elk bijzonder geval kunnen laten beslissen; ofschoon ook die oplossing weer haar eigene bezwaren zou medebrengen en ten slotte waarschijnlijk zou blijken evenmin aannemelijk te zijn. De billijke verdeeling van het vermogen naar gelang van de omstandigheden, onterving bij wijze van straf, onterving bona mente, dat alles over te laten aan het oordeel van den rechter, dunkt mij bedenkelijk; dan nog liever vertrouw ik dat den erflater toe, die wel misschien niet onbevangen is, maar toch beter alle omstandigheden kent.

De erflater zal niet altijd beschikken zooals de billijkheid en zooals het algemeen belang dat wenschelijk maken, maar moet de wetgever zulke vèrstrekkende eischen stellen? Dan zou hij het geheele testamentaire erfrecht wel mogen afschaffen, en de beschikking over de opengevallen nalatenschappen aan den Staat overlaten. Ik wil geenszins beweren dat hij, indien hij het geraden oordeelde, zoover niet zou mogen gaan; en ik denk er ook niet aan, als argument tegen de legitieme aan te voeren dat zij een inbreuk maakt op den eigendom. Maar ik beweer alleen dat, als de wetgever in het algemeen den erflater de vrijheid laat om over zijn goed te bepalen wat hij het wenschelijkst acht, hij ook in dit geval, zelfs in de eerste plaats in dit geval, die vrijheid moet laten.

Het is geen gewaagde stelling, dat de wetgever verstandig handelt als hij de vrijheid erkent, zoolang er geen overwegende redenen zijn om haar te beperken. Nu vind ik hier voor dergelijke beperking noch gronden van algemeen maatschappelijk belang, noch aanspraken die de rechte lijn op een evenredig deel van de nalatenschap zou kunnen doen gelden.

Wel echter is er een andere grond voor beperking; de erflater moet verplicht zijn om aan zijne betrekkingen, die aanspraak kunnen maken op zijn ondersteuning, het noodige onderhoud toe te leggen, en mocht hij verzuimd hebben de noodige beschikkingen te dien einde te maken, dan behoort aan de bedoelde personen eene rechtsvordering van die strekking te worden toegekend. Men ziet misschien in

die verplichting een vorm van, een argument voor de legitieme portie [1]); maar men vergete niet dat het dan een legitieme is in een anderen [2]), en ik meen in een beteren vorm. Aan den eenen kant zou men verder gaan dan met de legitieme. Adscendenten, als zij bij den dood behoeftig bleken te zijn, zouden recht hebben op een uitkeering, al waren zij geen erfgenamen; de aangehuwden zouden eveneens aanspraken kunnen doen gelden. En behoorde ook niet de echtgenoot op deze wijze te worden beschermd? Men zal misschien zeggen, dat al deze personen toch aanspraak op onderhoud hebben tegenover de wettelijke erfgenamen; maar dat is toch een minder afdoende hulp; voor hen is te verkiezen dat de verplichtingen, die bij het leven bestonden, bij den dood niet worden opgeheven. Dat in eene menigte gevallen van het geheele vermogen na het voldoen aan al die verplichtingen niets overblijft, is duidelijk. Van den anderen kant zou er meer vrijheid bestaan, dan nu de legitieme overlaat; voorzoover er geen behoeftige kinderen of andere betrekkingen zijn, zoude de geheele nalatenschap beschikbaar zijn [3]), en

---

[1]) Zoo b. v. Keller, *Pand.*, § 511: Aan de vrijheid van beschikking „steht beschränkend ein gewisser Anspruch seiner Familie *auf seine Fürsorge* gegenüber".

[2]) Reeds Maleville merkte op in den conseil d'état, dat ook Montesquieu de ouders verplicht achtte de kinderen te onderhouden en te verzorgen totdat zij in staat zijn zich zelf te helpen, maar niet om hen tot erfgenamen in te stellen. Zie ook Stuart Mill, *Princ. of polit. econ.* Ch. II § 3: The duties of parents to their children are those which are indissolubly attached to the fact of causing the existence to a human being. The parent owes to society to endeavour to make the child a good and valuable member of it, and owes to the children to provide, so far as depends on him, such education and such appliances and means, as will enable them to start with a fair chance of achievement by their own exertion a successful life. To this every child has a claim; and I cannot admit that as a child he has a claim to more.

[3]) Mocht men bezwaar maken, dat wij hier niet zulke eenvoudige cijfers hebben als artt. 961—963 ons thans geven, dan antwoord ik dat die cijfers in verband met art. 968 nog zoo eenvoudig niet zijn, en dat bovendien de hoogste eisch van het recht nog niet bevredigd wordt door een gemakkelijke berekening.

den erflater alle vrijheid blijven om de regeling te maken, die hem het meest gepast voorkomt. Hij zoude waarschijnlijk niet zijn familie vergeten, bepaaldelijk niet hen die nu legitimarissen zijn, maar hij zoude ook kunnen denken aan andere aanspraken, die zijn naaste kan doen gelden, ter zake van weldadigheid of andere meer algemeene belangen. In de Middeleeuwen heeft de kerk de toelating van de testamenten gevraagd, ten deele zelfzuchtig, te veel misschien de waarde miskennende van het Germaansche familiebegrip, maar tevens zeker met breeder opvattingen van 's menschen verplichtingen dan toen ter tijde de heerschende waren. Zoo ook wordt thans door de kerk op volkomen vrijheid van beschikking aangedrongen, in zekere mate misschien in haar eigen belang, en met verwaarloozing weder van de familie en van hare beteekenis in onze maatschappij, maar tevens wordt zij bezield door overwegingen van meer verheven aard dan die waardoor wij maar al te veel ons laten drijven. De plicht jegens de familie is niet de eenige en de alles beheerschende; en zij is ook een andere dan de legitieme portie haar gemaakt heeft. Het zou misschien de vraag kunnen zijn of de praktijk van onze testamenten veel zou veranderen door afschaffing van deze geheele Afdeeling. Maar wil men beperkingen ten behoeve van de naaste bloedverwanten, dan make de wetgever zijne bepalingen zoo dat de nakoming der verplichtingen, voorzoover zij bestaan, ook werkelijk worde verzekerd; en voorzoover zij niet bestaan, late hij den erflater de vrijheid om ook aan zijne overige plichten te voldoen.

Eenige opmerkingen over het verleenen van uitstel in de burgerlijke procedure en het misbruik, dat daarvan gemaakt kan worden,

DOOR

Mr. P. BUIJS,

Advocaat te Alkmaar.

Met instemming is eenigen tijd geleden door den ondergeteekende kennis genomen van het schrijven van Mr. van Stipriaan Luïscius over de gevolgen, die de vacantiën der rechterlijke colleges op den gang der rechtzaken plegen uit te oefenen, en zeer zeker zal menigeen het met dien schrijver eens zijn, dat ook op dit gebied onze rechtspleging in burgerlijke zaken niet tot het rijk der idealen behoort en dat daarin nog veel te verbeteren valt, voor dat men die volmaakt zou kunnen noemen. Maar alvorens men tot de conclusie komt, dat langs wettelijken weg behoort te worden tegemoet gekomen aan het bezwaar, dat zaken soms zeer lang op eene beslissing wachten; dat de partijen hun geduld er bij verliezen, of tot de slotsom komen, dat het misschien beter ware geweest tot een vergelijk te komen of niet te procedeeren, zal wellicht deze vraag wel eens bij dezen of genen opgekomen zijn: of somtijds niet de schuld van den langen duur der processen te zoeken is bij de procesvoerenden zelven, of dezen niet vaak aanleiding geven, dat de procedure gerekt wordt en het geduld der rechtzoekenden op de proef wordt gesteld, en of niet zij, die als organen van het staatsgezag geroepen zijn voor de toepassing en handhaving der wettelijke bepalingen te waken, hun daarbij de behulpzame hand bieden?

Voorop wenschte ik te stellen, dat ik hier met proces-

voerenden bedoel de voor partijen ageerende en in rechte optredende procureurs, als vertegenwoordigers van de belangen der rechtzoekenden en als zoodanig door het systeem van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor hen noodzakelijk geacht.

Wanneer men toch eene zitting bestemd voor de behandeling van burgerlijke zaken, voor welke rechtbank dan ook, bijwoont, zal het aantal remises, dat gevraagd en verleend wordt, zeer zeker iedereen, die onbevooroordeeld bij een dergelijke zitting tegenwoordig is, treffen, en voorzeker zal dit het geval zijn bij iemand, die, in welk eene geringe mate dan ook, kennis heeft genomen van dat gedeelte van ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat handelt over het verweren en voldingen der zaak (boek 1, titel 2 afd. 2) en waarin de verschillende wijzen bepaald worden, waarop de zaken naar hunnen aard of de keuze van partijen aangevangen, voortgezet en afgesponnen worden. In deze afdeeling wordt de behandeling op korten termijn, de summiere en de gewone behandeling onderscheiden. De praktijk heeft met een zekere mate van verregaande verachting voor hetgeen de wetgever blijkbaar gewild heeft, dat de normale en dagelijksche wijze van behandelen der zaken zoude zijn, steeds de gewone behandeling op den achtergrond geschoven, zoodat — juist het omgekeerde van hetgeen in het oude Romeinsche proces-recht plaats greep — de ordinaria cognitio tot eene extra-ordinaria is geworden en hetgeen in het systeem van den wetgever uitzondering moest zijn tot regel is verheven, d. w. z. dat de gewone behandeling haar plaats als numero één in het systeem der wet heeft moeten afstaan aan de summiere behandeling. Het is echter geenszins vreemd, dat dit alzoo is geschied; bij vergelijking van de beide wijzen van behandeling der zaken valt het duidelijk in het oog, dat de schriftelijke behandeling, die aan de mondelinge voordracht en toelichting bij de gewone behandeling voorafgaat, met het oog op de daarvoor aangewezen termijnen een langen duur der processen in de hand werkt, terwijl de praktijk hare eischen voor een spoedige rechts-

pleging beter bevredigd vond in de snellere wijze, die een summiere behandeling medebracht, nog daargelaten de meerdere kosten, die als gevolg van den grooteren omslag gemaakt zouden moeten worden. Dit voordeel op de gewone behandeling heeft haar van het standpunt, dat de wetgever haar als bijzondere wijze van procedeeren had toegedacht, verheven tot den gebruikelijken vorm voor het voeren van civiele gedingen.

Worden echter de eischen der praktijk bij de snellere thans gevolgde en tot de gewone — dit woord in den dagelijkschen zin gebruikt — verheven behandeling wel genoeg in acht genomen? Naar mijne bescheiden meening voorzeker niet, en het kwaad, dat daartoe een uitstekende gelegenheid aanbiedt, is juist het verleenen van uitstel op kwistige wijze zooals dit maar al te veel voorkomt.

Het valt niet te ontkennen, dat een der hoofdfunctiën naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering den rechter als plicht opgelegd en aan zijne handen toevertrouwd deze is, dat hij nagaat en controleert, of de bepalingen der wet in acht genomen worden bij den gang der procedure; de positie van den rechter in het burgerlijk geding is uit den aard der zaak lijdelijk, hij mag niet ingrijpen in de rechten der partijen, dit brengt het begrip van civiel recht mede, maar hij ziet toe, dat alle vormen, formaliteiten en speciaal ook de termijnen voorgeschreven bij een civiel geding worden in acht genomen. Wanneer dit waar is, zou de rechter er dan niet veel toe kunnen bijdragen, de procedure te verkorten door te weigeren telkens uitstel te verleenen, zoo hem dit gevraagd wordt, of ongevraagd dit ambtshalve niet te bewerkstelligen? Zou de rechter door zoo te handelen inbreuk maken op de rechten, die alleen aan de gedingvoerende partijen zelven toebehooren? Een ontkennend antwoord moet naar mijne bescheiden meening op deze vraag gegeven worden. Op het aan het oordeel van den rechter onderworpen en van zijne beslissing afhankelijk gestelde geschil wordt toch door het al of niet verleenen van uitstel niet geïnfluenceerd; het zal door eene spoedige behandeling

eerder tot het door partijen gewenschte resultaat gekomen zijn, en geenszins zal afgeweken worden van het beginsel der lijdelijkheid van den rechter. De partijen hebben de vrije beschikking gehad over de wapens, waarmede zij elkaar wenschen te bestrijden, en door hen is het terrein van den strijd afgebakend; hierop mag de rechter geen inbreuk maken, maar wel is hem als plicht opgelegd toe te zien, dat de vormen, formaliteiten en termijnen, in het belang van beide partijen gemaakt, in acht genomen worden, en door dit zoo scherp mogelijk te doen, handelt de rechter veeleer in het belang der partijen en beschermt hunne rechten veel meer dan dat hij daarop inbreuk zou maken.

Het zal, geloof ik, overbodig zijn aan te toonen, dat de bovenstaande meening, volgens welke een der hoofdfunctiën van den burgerlijken rechter daarin bestaat, dat hij toeziet op den geregelden gang der procedure, juist is. Dit vloeit m. i. geheel voort uit de materie, die het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot inhoud heeft, n.l. niet zoozeer het Actiënrecht in materiëelen zin, d. w. z. de middelen tot handhaving der rechten zelve, als wel in formeelen zin, n.l. de vormen, formaliteiten en termijnen bij de handhaving van rechten in acht te nemen. Toch wil ik op een artikel wijzen, dat met het oog op het bovenstaande niet van belang ontbloot is. Ik bedoel de bepaling van artikel 151 B. Rv., waarin den rechter ten duidelijkste als plicht wordt opgelegd te zorgen, dat de gedingvoerenden zich stipt houden aan de termijnen in de voorafgaande artikelen genoemd, en hij alleen stateering van het geding kan verleenen in het bijzondere geval, waarin een der partijen aantoont, dat zij te harer verdediging bewijsstukken noodig heeft en in de onmogelijkheid verkeert, deze binnen den gewonen d. i. te voren genoemden tijd te produceeren en dan nog slechts gedurende een bepaalden tijd. Als dus dit bijzondere geval niet aanwezig is, of de belanghebbende partij dit niet kan aantoonen, dan mag de rechter op geenerlei wijze de procedure stremmen. De bepalingen toch omtrent vormen, for-

maliteiten en termijnen zijn niet alleen geschreven in het belang van partijen, maar zijn zeer zeker ook bepalingen van openbare orde, waarvan slechts in bijzondere gevallen mag afgeweken worden, maar dan alleen ook als partijen in staat zijn het bewijs te leveren, dat een bijzonder geval aanwezig is en zij het bewijs ook werkelijk leveren. Vragen zij uitstel zonder genoegzame redenen of zonder bewijs van die genoegzaamheid te leveren, dan zal de rechter met het volste recht dit kunnen weigeren en zal hij door dit te doen eerder de wet toepassen dan haar op zijde schuiven.

Het zooeven genoemde artikel 151 B. Rv. geldt, zooals bij lezing zal blijken, zoowel voor de behandeling op korten termijn als voor de summiere en gewone behandeling. Waar nu bij de gewone behandeling, zooals die in de artt. 142—150 B. Rv. is omschreven, telkens de termijnen worden aangewezen, die in acht genomen moeten worden bij de verschillende stadia van deze wijze van procedeeren en de wetgever den rechter zelfs aan zijne verplichting om op de handhaving der termijnen acht te geven in het reeds meergenoemde artikel 151 herinnert, daar zullen deze bij de snellere wijze van berechting, die als hoofdvoordeel van de summiere behandeling wordt aangegeven, nog meer op hun plaats zijn en dubbel streng in acht genomen moeten worden, als bij de gewone behandeling; ware dit niet zoo, zou dan dit voordeel niet geheel illusoir worden?

Men zou mij echter kunnen tegenwerpen, dat de thans door de praktijk gevolgde en door de rechtbanken toegelaten wijze van procedeeren den naam van summiere behandeling niet kan of mag dragen en slechts de gewone behandeling daarstelt, zonder de omslachtige en tijdroovende aan de mondelinge behandeling en toelichting voorafgaande beteekening der conclusiën, en het hoofdargument voor deze meening zal wel hierin gelegen zijn, dat de wet bij de summiere behandeling geen conclusie's van repliek of dupliek kent en deze in de praktijk geen uitzondering maar regel zijn geworden.

Diegenen echter, die dit argument aanvoeren, wenschte

ik wel deze vraag te doen: kent het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, behalve de zeer exceptioneele wijze van procedeeren voor den president der rechtbank in kort geding of de schriftelijke behandeling, een andere wijze van procedeeren dan die op korten termijn, volgens de summiere of de gewone behandeling? Zoo neen, dan moet de thans gevolgde wijze van procedeeren onder een dier wijzen vallen, en als juist het kenmerkende van de gewone behandeling bestaat in de groote uitvoerigheid door de voorafgaande schriftelijke behandeling, en deze valt weg, wat blijft er dan over van de gewone behandeling? Wordt deze dan niet teruggebracht tot de summiere? Ik wijs daartoe nog op artikel 147 B. Rv., waar bepaald wordt, dat na afloop der schriftelijke behandeling de conclusiën worden genomen evenals ten aanzien der summiere behandeling is voorgeschreven in de artikelen 138 en 139, met dit verschil, dat geen afschrift der conclusiën of stukken aan de tegenpartij wordt overgegeven, en dit spreekt van zelf, daar de tegenpartij reeds daarvan kennis heeft gekregen door de voorafgaande beteekening daarvan.

Een kleine herinnering aan hetgeen de memorie van toelichting op het Ontwerp van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1865 over de conclusie's van re- en dupliek bij de summiere behandeling zeide, zal wellicht aantoonen, dat men slechts aan de eischen der praktijk, die voor de meer uitvoerige, langzame, gewone behandeling de kortere, snellere, summiere behandeling in de plaats heeft gesteld, de toevoeging dier conclusie's bij de summiere behandeling te danken heeft. Op bladzijde 122 (uitgave Belinfante) toch wordt het volgende daarvoor aangevoerd: dat de conclusiën van re- en dupliek bij de summiere behandeling ingevoerd zijn door de praktijk, niet in lijnrechten strijd met de wet, maar bij wijze van uitbreiding daarvan, want dat in geen proces van eenig belang de instructie volledig en de voorbereiding der mondelinge voordracht voldoende kan geacht worden, als de eischer niet in de gelegenheid is

gesteld zich in geschrifte uit te drukken over de verdedigingsmiddelen van den gedaagde, en als het dezen niet vrijstaat de verkeerde voorstelling of de ongenoegzaamheid der wederlegging zijner verdediging schriftelijk onder het oog van den rechter te brengen. Ook schijnt het mij toe, dat in het arrest van den Hoogen Raad van 6 December 1889 (*Paleis van Justitie*, 1890, n°. 4) de meening wordt gehuldigd, dat door de toevoeging van meerdere conclusie's dan die van eisch en antwoord aan de thans door de praktijk gevolgde wijze van procedeeren het karakter van summiere behandeling niet wordt ontnomen. In dit arrest toch wordt, in tegenstelling met het arrest van 22 Februari 1878 doch in navolging van dat van 10 Augustus 1884, uitgemaakt, dat wel in de artikelen 138 en 139 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarbij de procedure in summiere zaken is geregeld, alleen wordt gesproken van twee conclusie's, een van eisch en een van verwering, en wordt bepaald, dat partijen na het nemen dier conclusiën zullen worden toegelaten tot de pleidooien of daartoe een nadere dag wordt bepaald, doch dat daarin niet ligt opgesloten een verbod om nog nadere conclusie's te nemen, zooals dan ook in de praktijk gebruikelijk is.

Ik hoop door het bovenstaande aangetoond te hebben, dat de thans gevolgde wijze van procedeeren behoort gebracht te worden onder de summiere behandeling, en zelfs, dat deze in en door de praktijk veranderd is door de toevoeging van conclusiën van re- en dupliek, maar tevens, dat de wetgever zeer zeker nooit de bedoeling heeft gehad de naar zijne meening snellere wijze van procedeeren te doen ontaarden in eene, die nog meer tijd zou vereischen dan de gewone behandeling. Voorts geloof ik te gelijker tijd ontzenuwd te hebben het argument van hen, die zich ter verdediging van het telkens verleenen van uitstel beroepen op het niet aangegeven zijn van termijnen in de artikelen 138 en 139, naar welk laatste artikel door artikel 151 verwezen wordt. Zeer zeker wordt daar gesproken van een nader te bepalen dag (lees

naderen te bepalen dag, want waartoe zou het dienen, dat de rechter dien dag naderhand bepaalde en zou dit niet geheel strijden met het doel der summiere behandeling? Vergelijk voor deze meening ook nog artt. 45 § 2 en 139 i. f.), waarop de handelingen in die artikelen genoemd zullen plaats grijpen, zoo zij niet ten dienenden dage of, gelijk artikel 139 bepaalt, op denzelfden dag als de voorafgaande handeling gebeurd zijn. De bijvoeging van ten dienenden dage of op denzelfden dag maakt reeds, dat het geval van een naderen dag eene uitzondering is of moet zijn, en stelt men dit al als regel, wat bewijst het dan nog? De nadere dag door den rechter bepaald treedt dan in de plaats van den termijn, zooals die bij de gewone behandeling is voorgeschreven, een termijn, waaraan de rechter zelfs gebonden is, laat staan de gedingvoerenden; en gesteld dit ware niet zoo, hoe groot zou dan de inconsequentie van den wetgever niet geweest zijn om wel bij de langzamere, gewone behandeling een termijn voor te schrijven, waaraan volgens art. 151 de rechter en de gedingvoerenden gebonden zijn, maar dit niet te doen bij de snellere summiere behandeling en deze daarvan vrij te stellen, zoodat zij hare minder haastige zuster in traagheid zou kunnen overtreffen.

In de meeste gevallen, en dit wil ik gaarne toestemmen, is de loop der procedure voor een groot gedeelte afhankelijk van de gedingvoerenden zelve, zoo zij met gemeen overleg en onderling goedvinden een uitstel wenschen te verkrijgen, want ofschoon in artikel 151 ook de artikelen 143 en 144 aangehaald worden, blijft de inachtneming van de daar bepaalde termijnen toch van zelf van de willekeur van partijen afhankelijk. Zeker kan de tegenpartij na verloop van een dier termijnen de zaak ter terechtzitting brengen, maar als zij het niet doet en aan de andere partij langer tijd wil laten, m. a. w. als de partijen die termijnen slepende willen houden, dan kan de rechter er niets aan doen, om de eenvoudige reden, dat de zaak niet op de rol is en dus aan zijne contrôle is onttrokken. Evenzeer geldt dit wat betreft

de toepassing van artt. 137 en 139, waar de rechter een uitstel door de eene partij gevraagd en door de andere toegestaan niet weigeren moet, terwijl eerst dan als de tegenpartij in het uitstel niet toestemt de rechter van het voorschrift van artikel 151 gebruik kan maken.

Waar nu de toepassing der wettelijke bepalingen gelegd is in handen der gedingvoerenden zelven, daar zal uit den aard der zaak licht, met het gevleugelde woord: „hanc veniam damus petimusque vicissim" voor oogen, een ruim gebruik gemaakt kunnen worden van de mogelijkheid om uitstel te verkrijgen, en dat uit het gebruik maken daarvan wel eens misbruik zal ontstaan, wie gelooft dit niet? Hoe verderfelijke gevolgen slechte wetsartikelen kunnen hebben, al zijn ze met eene goede bedoeling neergeschreven en in de wet opgenomen om den rechtzoekenden ter wille te zijn, bewijst het rechtsschandaal, dat tot wijziging van het bekende Catsïaansch geredigeerde artikel 79 W. v. B. Rv. heeft aanleiding gegeven.

Hetzelfde dat plaats gegrepen heeft door de toepassing van het zooeven genoemde artikel 79, zooals dit geredigeerd was vóór de wet van 23 December 1886 (Stbl. 230), zal ook bij de gemakkelijke wijze om uitstel te verkrijgen naar ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in praktijk kunnen gebracht worden, en op gelijke wijze als bij artikel 79 in den ouden vorm zal een chicaneus debiteur het zijnen crediteur, wiens geduld te lang op de proef is gesteld, lastig kunnen maken. Gesteld het volgende geval, dat zich dagelijks in de praktijk voordoet:

A. is bij vonnis van het Kantongerecht veroordeeld tot betaling van een zekere som jegens B; A. komt in appèl en dagvaardt daartoe B. Het exceptioneele, hetgeen inderdaad niet dagelijks voor zal komen, is nu, dat A. binnen den gewonen tijd van 8 dagen B. zal dagvaarden. B. veronderstellende, en niet ten onrechte, dat de rechter ingevolge art. 92 B. Rv. de nietigheid der dagvaarding zal uitspreken en geen verstek zal verleenen, verschijnt niet op den bij de dagvaarding aangegeven dag, ten einde de nietigheid der dagvaarding in-

gevolge artt. 93 en 94 niet te dekken en om kosten te voorkomen, vertrouwende op zijn goed recht en op de prudentie des rechters. Ten dage als bij dagvaarding is aangewezen vraagt A. slechts akte der niet-verschijning van den gedaagde ten einde later te concludeeren tot het verleenen van verstek en op de hoofdzaak tegelijk (gelijk tallooze malen in de praktijk gebeurt); alvorens echter te concludeeren vraagt A. aanhouding der zaak en uitstel en telkens gaat hij daarmede voort. Welk rechtsmiddel staat B. nu open om zijn recht gehandhaafd te zien? Het middel van verzet is niet door hem in praktijk te brengen, daar het vonnis van verstek niet is uitgesproken; hij moet dus lijdelijk afwachten tot het A. zal behagen den rechter in staat te stellen vonnis te vellen en eerst dan zal hij daartegen kunnen opkomen. En evenzeer is dit middeltje in toepassing te brengen bij verstekvonnissen, waartegen verzet wordt gedaan ingevolge de artikelen 81 en 83 B. Rv. Door zoo te handelen wordt dus ten eenenmale gemist het doel, dat den wetgever bij de samenstelling van een Wetboek, hetwelk de vormen, formaliteiten en termijnen bij de civiele procedure in acht te nemen regelt gelijk het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voor oogen stond — het doel, dat op kernachtige wijze aldus wordt uitgedrukt door Berriat S^t^. Prix (*Cours de procédure civile et criminelle*, p. Ire, s. 3, ch. 2): „La procédure a pour but d'éclairer le juge sur les contestations, qui lui sont soumises et de l'éclairer dans l'espace de temps le plus court et avec le moins de frais, qu'il soit possible, afin de ne pas nuire aux parties, qui sont forcées d'avoir recours aux tribunaux. Rapidité dans la marche et économie dans les frais, autant que cela est compatible avec une instruction suffisante, voilà ce que les législateurs ont toujours cherché à obtenir en matière de procédure."

Wanneer nu dit doel door het gebruik maken van het tevoren genoemde middeltje geheel op den achtergrond geschoven kan worden, dient dan de wetgever niet te waken, dat de toepassing daarvan in de praktijk niet kan voor-

komen? Herinneren wij ons nog eens het Ontwerp-Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1865, in welks art. 11, nevens vele andere verbeteringen in de rechtspleging, ook deze bepaling voorkwam, „dat de termijnen stipt in acht „genomen moeten worden en geen uitstel door den rechter „verleend mag worden dan voor een bepaalden tijd en in het „belang der zaak". Daar wordt dus uitdrukkelijk bepaald, dat het aan den rechter is overgelaten te beslissen, of er uitstel zal verleend worden, en alleen het belang der zaak, de omstandigheden, op grond waarvan uitstel wordt gevraagd, zal hierbij de maatstaf moeten zijn voor het toestaan of weigeren daarvan.

Ware deze bepaling ook nu reeds in het Wetboek opgenomen, hoevele processen, die soms jaren duren, zouden dan niet bekort en in minderen tijd beslist zijn; en zou daardoor het belang der rechtzoekenden, die toch waarlijk niet procedeeren om tijd te winnen, niet werkelijk gebaat zijn?

EEN ENGELSCH BOEK OVER BEZIT,

DOOR

Mr. H. J. HAMAKER,

Hoogleeraar te Utrecht.

An essay on possession in the common law.
Parts I and II by Frederick Pollock,
Part III by Robert Samuel Wright.
Oxford, 1888.

In dit boek vindt men eigenlijk twee verhandelingen. De eerste, van Pollock, geeft eene volledige leer van het bezit van onroerende, zoowel als van roerende goederen: de 115 bladzijden die zij inneemt zijn ongemeen rijk aan inhoud en laten geen enkele zijde van het, in Engeland niet minder dan op het vasteland, moeilijke vraagstuk onaangeroerd. En meestal blijft het niet bij eene oppervlakkige aanraking, maar dringt de Schrijver door tot in de diepte van het onderwerp. Men moet deze kernachtige behandeling bewonderen, ook al zou men zoo hier en daar uitvoeriger inlichting gewenscht hebben.

De tweede verhandeling, van Wright, betreft alleen het bezit van „goods", van roerende zaken, en dan nog, gelijk haar opschrift reeds aanduidt [1]), bepaaldelijk in verband met het misdrijf van diefstal. Men kan slechts stelen wat men niet bezit en diefstal kan slechts gepleegd worden tegen een bezitter: hieruit volgt, dat nauwkeurige kennis van het bezit en van de wijzen, waarop het ontstaat en te niet gaat, onontbeerlijk is voor hem, wiens taak het is diefstal te onderkennen van andere verwante handelingen, hetzij evenzeer strafbare, hetzij straffelooze, en den persoon des bestolenen aan te wijzen. Zoo komt Wright er toe, aan de behandeling

---

[1]) *Possession and trespass in relation to the law of theft.*

van den diefstal in het derde hoofdstuk in de beide eerste (bl. 118—214) eene uiteenzetting van de bezitsleer vooraf te doen gaan. Men vindt daar, doch alleen ten aanzien van roerend goed, ongeveer dezelfde punten besproken, als in de verhandeling van Pollock en bijna geheel naar dezelfde beginselen. Toch is Wright's betoog in het minst geene herhaling van dat van zijn medearbeider: de strekking van zijn onderzoek noopt hem tot het leggen van den nadruk op vragen van bezitrecht, die bij Pollock minder op den voorgrond treden. In het derde hoofdstuk volgt dan „the act and intention of theft", en dit wordt nog gevolgd door een vierde over de zaken, die niet gestolen kunnen worden; zij beslaan met hun beide slechts 21 bladzijden.

Alles bij elkaar genomen geloof ik, dat ook Wright's *Essay* door de scherpzinnige en fijne onderscheidingen van bezit en niet-bezit, van rechtmatig, onrechtmatig doch onstrafbaar, en strafbaar bezit niet alleen voor Engelsche juristen, maar ook voor onze criminalisten en strafrechters hoogst leerzaam is. Dit belet niet, dat voor de leer van het bezit in het algemeen het opstel van Pollock belangrijker en vollediger is; met dit laatste zal ik mij daarom nu verder voornamelijk bezig houden.

Het is voor hem, die eenige kennis nam van de jongste, vooral Duitsche, literatuur over het bezit, hoogst belangwekkend, voorgelicht door een man als Pollock, een blik te werpen op het Engelsche bezitrecht. Dit heeft zich gevormd en ontwikkeld buiten allen invloed van het Romeinsche recht en van zijne uitleggers, bepaaldelijk ook buiten den invloed van v. Savigny, die onze opvattingen nog altijd, en naar mijne overtuiging veel te veel, beheerscht.

Er is, zegt Pollock, eene oorspronkelijke Engelsche leer van bezit, een in Engeland geboren [1]) en ontwikkeld

[1]) Men zou kunnen vragen, of dit geheel juist is, of b. v. de leer van de „seisin" en van de „action of novel disseisin" niet uit Normandië naar Engeland werd overgebracht. Dit doet er echter minder toe; de hoofdzaak is, dat het Romeinsche recht zeker geen invloed gehad heeft.

geheel van beginselen en regelen aangaande dit onderwerp en de uiteenzetting daarvan is zijn doel. Hij onthoudt zich daarom met opzet van alle bijmenging van en zelfs vergelijking met het Romeinsche recht en wat daarover in Duitschland geschreven is. Hij kent en waardeert dit, maar mag en wil er zich op het oogenblik niet mee inlaten.

Tengevolge nu juist van dit eigenaardig Engelsche karakter van het Engelsche bezit is kennismaking daarmee uitnemend geschikt om onzen blik te verruimen en ons inzicht te verdiepen. Het spreekt van zelf, dat ook in Engeland bezit bezit is en dat de practische regelen er in vele opzichten met die welke op het vasteland gelden overeenstemmen. Toch is er groot verschil; maar bovendien: de inkleeding, de wijze van behandeling wijkt geheel af van hetgeen wij gewend zijn. Het bezit is in Engeland niet geregeld bij eene wet, maar behoort tot het ongeschreven recht. Het moet worden opgediept en afgeleid uit de rechterlijke beslissingen van concrete gevallen en uit de overwegingen, waarop zij steunen [1]). Daaraan voorzeker is het grootendeels te danken, dat Pollock en Wright beiden zich bijzonder weinig schuldig maken aan het gebruik van abstracte begrippen en formules. Hunne behandeling heeft iets concreets, iets feitelijks, dat ons, die maar al te zeer gewend zijn ons uitgangspunt te nemen in theorieën, ten voorbeeld strekken mag. Zij doen ons zien, wat het bezit, in het maatschappelijk leven, feitelijk is, hoe het daar leeft en werkt, niet hoe het zou kunnen of moeten zijn, ondersteld altijd dat het zich naar eene bepaalde theorie, b. v. die van den *animus domini*, behoort te schikken. Ons trekt het laatste meer aan; van daar het onware en met de feiten strijdige, dat aan onze beschouwingen over het bezit dikwijls eigen is.

Aan den anderen kant heeft de toestand, waarin het Engelsche bezitrecht verkeert, bij de wetenschappelijke be-

---

[1]) Blijkens eene bijgevoegde lijst zijn er niet minder dan ongeveer 440 cases gebruikt.

handeling zijne bezwaren. Zij krijgt licht iets onstelselmatigs, iets fragmentarischs, dat het overzicht ten zeerste bemoeilijkt.

De schrijver, die zijne stof putten moet uit de voor hem liggende beslissingen en deze heeft te rangschikken naar het stelsel, dat hij zich heeft afgebakend, heeft moeite om niet in herhalingen te vallen en alles zijne juiste plaats te geven. De beslissing, die hij gebruikt voor het bewijs van een bepaald punt, bevat licht nog iets anders, dat niet minder belangrijk is en daarom nu tevens wordt medegedeeld, ofschoon het met de zaak in quaestie niet in onmiddellijk verband staat. En wanneer dan later het oogenblik voor de bespreking van dit tweede punt gekomen is, dan één van beide: òf de schrijver vervalt in eene herhaling, wat vermoeiend en verwarrend is, òf hij gaat het nu voorbij, omdat het reeds behandeld is, wat ten gevolge heeft, dat men de dingen niet vindt op de plaats waar men recht heeft ze te zoeken. Het boek van Pollock lijdt aan deze gebreken. De behandeling van het bezit leverde trouwens bijzondere bezwaren op; het schijnt dat eene stelselmatige behandeling van dit onderwerp tot nog toe in Engeland ontbrak. Men placht en pleegt het bezit te behandelen bij de acties en bij de onrechtmatige handelingen, tot wier repressie de acties dienen: onder de hoofden van *Trespass*, *conversion*, *trover*, *theft*, *ejectment*, alsmede bij de wetten over *verjaring*. Pollock had zich dus een weg te banen.

Liever dan een, noodzakelijk eenigszins dor, verslag te geven van den rijken inhoud der beide verhandelingen, wil ik er enkele hoofdpunten, die ook voor ons recht hoofdpunten zijn, uit opnemen.

Op meer dan éene plaats vinden we een antwoord op de vraag, of het bezit een recht is dan wel een feit [1]). Zij wordt zoo beslist mogelijk in den eersten zin uitgemaakt. Men moet,

---

[1]) Niet te verwarren met het onderwerp behandeld op bl. 10: „is possession a matter of fact or of right?“ Hier is de bedoeling slechts: is het een feitelijk punt in het proces waarover de jury, of een rechtspunt waarover de rechter beslist?

zoo leeren onze Schrijvers, vierderlei verhouding van den persoon tot de zaak onderscheiden, nl.: *possession in fact* of *physical possession*, d. i. de bloot feitelijke positie van hem, die eene zaak in zijne macht, onder zijne heerschappij heeft; *possession in law* of *legal possession*, d. i. de positie van hem, die door het recht als bezitter wordt erkend, eene positie die zich openbaart in bepaalde bevoegdheden en acties: zij is een recht, gelijk herhaaldelijk verzekerd wordt, een recht dat op bepaalde wijzen ontstaat en te niet gaat en vatbaar is voor overdracht; *right to possession*, het recht tot bezit, d. i. de positie van hem, die gerechtigd is de zaak te bezitten, zich evenzeer in bepaalde bevoegdheden en acties uitende; en eindelijk *ownership* of *property*, eigendom, waarmee als regel het recht tot bezit verbonden is; scheiding tusschen de twee is echter mogelijk en komt veelvuldig voor.

We zien hier dus zoo duidelijk mogelijk de onderscheiding tusschen bezit als feit en bezit als recht, tusschen bezit en bezitrecht, of, gelijk wij ook zouden kunnen zeggen, tusschen feitelijke heerschappij en bezit, dit laatste nu genomen als een recht.

Gelijk bij ons, staan ook in het Engelsche recht die twee met elkaar in het nauwste verband, daar het eerste, het feit, de grond is waarop het tweede, het recht, steunt, met dit gevolg, dat in den regel hij, die de feitelijke heerschappij heeft over de zaak (de *possession in fact*) ook heeft het bezitrecht (de *possession in law*), en omgekeerd, wie geene feitelijke heerschappij heeft ook geen bezitrecht hebben kan. Op dien regel bestaan slechts enkele uitzonderingen, veel minder dan in het Romeinsche en in ons recht. Bezitrecht komt ook toe aan huurders, leeners, bewaarnemers, vervoerders, lasthebbers en dergelijken, aan de personen, aan wie een zaak voor een voorbijgaand doel wordt toevertrouwd en die in het Engelsche recht onder den algemeenen naam van *bailee* schijnen te worden samengevat. Slechts aan bedienden en *bailiffs* (d. z. naar ik meen personen, die eens anders goed besturen onder zijne directie) wordt, hoewel zij feitelijke

heerschappij hebben, het recht van bezit ontzegd; en ten aanzien van de bedienden wordt zelfs nog betwijfeld, of hunne detentie hen niet tot bezitters maakt, zoodra zij zich, met het goed huns meesters, niet meer bevinden in zijn huis of in zijne tegenwoordigheid. In de gevallen van bedienden en *bailiffs* komen de rechten van een bezitter, bepaaldelijk de actie, toe aan den meester. Hij heeft het bezit zonder te hebben de feitelijke heerschappij; dit bezit wordt daarom wel genoemd *constructive* possession: het is een *gemaakt* bezit, omdat het niet steunt op zijn natuurlijke basis, de feitelijke heerschappij. Ook aan *bailors* (de personen staande tegenover de bovengenoemde *bailees*), die zich de bevoegdheid hebben voorbehouden de zaak terug te nemen zoodra zij verkiezen, is wel zulk een *constructive* possession toegekend.

Uit het gezegde blijkt, dat het Engelsche recht, evengoed als het Romeinsche, onderscheid maakt tusschen een hebben of houden van de zaak dat bezit is of liever bezit geeft, en een houden, dat bloot feit blijft. Maar de wijze, waarop het onderscheid gemaakt wordt, verschilt zeer van die der Romeinsche juristen en van hunne moderne navolgers. Dit verschil is tweeledig: het is in de eerste plaats dit, dat talrijke houders, die in het Romeinsche recht geen bezit hadden, als bezitters zijn erkend. En dit, ofschoon in der tijd Bracton [1]) in ééne passage van zijn werk, waarschijnlijk onder den invloed van het Romeinsche recht, aan pachters bezit had ontzegd. Het betreft in de tweede plaats het kenmerk van bezit. Terwijl de Romeinsche juristen, althans de nog altijd heerschende theorie over de leer der Romeinsche juristen, het kenmerk zoeken in den *animus domini*, komt in de Engelsche doctrine dit begrip in het geheel niet voor. P. spreekt slechts van een *animus possidendi*, d. i. een *manifest intent of dominion*, een duidelijk gebleken wil om de zaak te hebben, als onmisbaar niet slechts voor *possession in law*, maar ook voor *possession in fact*, als onmis-

---

[1]) **Pollock**, bl. 47.

baar dus om het bloote houden zelf af te scheiden van eene feitelijke nabijheid tot de zaak, die niet eens is feitelijke heerschappij. Naar het Engelsche recht staat de zaak zoo: ieder die feitelijke heerschappij heeft over eene zaak, hoe of op welke voorwaarden ook, is bezitter, tenzij zijn geval behoore tot een van die soorten van gevallen (*servants*, *bailiffs*), waarin bezit aan den houder der zaak uitdrukkelijk is ontzegd [1]).

De bevoegdheden, die met elkaar het recht van bezit of bezitrecht (*possession in law*) uitmaken, zijn: de bevoegdheid om zich tegen elke bemoeiing van derden met de zaak te verzetten, en die om den *intermeddler* (d. i. den stoorder in of ontzetter uit de feitelijke heerschappij) door middel van eene actie ter verantwoording te roepen.

Die actie is de action of *trespass quod clausum fregit*, als het bezeten goed onroerend, en de action of *trespass de bonis asportatis*, als het roerend is. *Trespass* is de algemeene term voor een onrechtmatige daad gepaard met geweld; vandaar de nadere omschrijving van den aard van het onrecht. Deze acties, als gegrond op onrechtmatige daad, zijn persoonlijk en strekken tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Zij steunen, gelijk werd overwogen in *a modern case* op „an extension of that protection which the law throws around the person“ [2]), en zijn onafhankelijk „of rights of property“, d. w. z. van eenig recht op de zaak, bezitrecht of ander.

Tot zoover de *possession in law*, het recht van bezit, bezitrecht, of kortweg bezit.

Daarnaast wordt, gelijk wij zagen, erkend een „right to possession“, een recht tot bezit of om te bezitten. Wat hebben we daaronder te verstaan? Ik begin met de opmerking, dat het kan toekomen aan hem, die de feitelijke heerschappij

---

[1]) Merkwaardig is de overeenstemming van deze opvatting met die, welke door Jhering in zijn jongste werk: *der Besitzwille* tegen v. Savigny en anderen ook voor het Rom. recht verdedigd is.

[2]) Wright, bl. 123.

heeft, maar dat het ook van de feitelijke heerschappij gescheiden wezen kan. Om goed te begrijpen wat het is, moeten we het ons voorstellen in dezen toestand van scheiding: A. is bezitter en B. heeft „right to possess". Wat is dit? Men zou kunnen meenen, dat het zooveel is als wat wij eigendom noemen. Zoo echter staat de zaak niet. Wel komt het den eigenaar gewoonlijk toe, maar men kan toch ook eigenaar zijn zonder recht tot bezit te hebben (zoo b. v. de eigenaar, die zijn goed aan een ander verhuurde of verpachtte [1])), en vooral, men kan hebben het recht tot bezit zonder eigenaar te zijn. Dit laatste is het geval met al diegenen, aan wie een zaak voor bepaalden tijd of tot wederopzegging toe werd verhuurd of verpacht, met bewaarnemers, bruikleeners en dergelijken, in het algemeen met de bovengenoemde *bailees.* Het moge dan slechts een tijdelijk bestaan hebben en in omvang beperkt zijn, een *right to possess* is het. Maar bovendien, het komt toe aan koopers en anderen, die eene zaak verkregen krachtens titel van eigendomsverkrijging, al blijkt niet dat hun titel afkomstig is van den waren eigenaar.

Ja, het is een onmiddellijk uitvloeisel van het bezit, de *possession in law*, zonder meer: de bezitter, die uit het bezit werd ontzet, behoudt dus *right to possession*, ook al was zijn bezit *unlawful.* Met den eigendom, in onzen zin, heeft het derhalve niets gemeen, als dit, dat het er dikwijls of meestal mee verbonden is. Wel wordt het soms *ownership* of *property* genoemd, maar dat is, gelijk P. meer dan eens verzekert, slechts eene van de vele verwarringen, waaraan men zich in de leer van het bezit pleegt schuldig te maken.

Wat het *right to possess* is, blijkt, indien we ons de enkele bevoegdheden, waaruit het is samengesteld, voor oogen

---

[1]) Het kan of het kon ook gebeuren, dat de eigenaar tegen zijn wil zijn *right to possession* verloor; de eigenaar, die van zijn possessoire rechtsmiddelen niet bij tijds gebruik maakte, moest toezien, dat het recht tot bezit op den feitelijken bezitter overging, en was genoodzaakt zijne „real actions droitural" in te stellen, ten einde zijn *right of property* te doen erkennen.

stellen. Zij zijn, wat betreft onroerend goed: het recht van *entry* en de *action of ejectment*, en wat aangaat roerend goed: het recht van *taking* en de *action of trover*.

Het recht van *entry* is het recht om het onroerend goed, waarop men heeft recht tot bezit, binnen te treden en in bezit te nemen. Men moet daarbij op vreedzame wijze te werk gaan, ofschoon ook een gewelddadige *entry* door den feitelijken bezitter niet zou kunnen worden opgevat als eene ontzetting uit het bezit. Zij zou zelfs in het geheel geen onrecht zijn, indien zij niet bij zekere wetten verboden was.

Het recht van *taking* is de bevoegdheid, aan den tot bezit van zeker roerend goed gerechtigde toegekend, om dat goed uit de macht van den bezitter weg te nemen. Hij mag daarbij alle geweld gebruiken, dat redelijkerwijze noodig was, mits hij zich van verwonding, verminking en doodslag onthoude.

De acties van *ejectment* en van *trover* strekken tot bescherming van het *right to possess*, gelijk de actie wegens *trespass* beschermt het bezit (*possession in law*) zelf: zij moeten tegengaan het onrecht (*wrong*, *injury*) ons aangedaan in ons recht tot bezit. Daar het houden alleen reeds van eene zaak, die wij recht hebben te bezitten, zulk een onrecht is, zijn zij gericht tegen elken houder, onverschillig of hij te goeder of te kwader trouw houder werd.

De mededeelingen van P. over deze acties zijn niet zeer volledig, noch in alle opzichten duidelijk: zooals ze zijn, geven ze recht tot de volgende voorstelling. De eischer moet doen blijken van zijn recht tot bezit, hetzij door het bewijs van een titel (dit begrip wordt in het Engelsche recht zeer ruim genomen), hetzij des noods door het bewijs dat hij feitelijk bezit gehad heeft, want, boven zagen wij het reeds, elk, ook een onrechtmatig bezit, geeft *right to possession*.

De gedaagde op zijne beurt kan zich op tweeërlei wijze verdedigen. In de eerste plaats door aan te toonen, dat 's eischers recht tot bezit, waarvan hij erkent, dat het bestaan heeft, later is te niet gegaan (dat de eischer is „devested of his right to possession"), bepaaldelijk, want dat

zal wel het gewone geval zijn, dat de eischer door overdracht zijn recht heeft opgegeven. Hier is beroep op *jus tertii* toegelaten: de gedaagde behoeft niet aan te toonen, dat 's eischers recht tot bezit op hem of op zijn auteur is overgegaan; reeds indien blijkt, dat een ander, wie ook, het (nl. des eischers recht) heeft verworven, staat vast, dat de eischer het niet meer heeft en moet dus de actie worden afgewezen. Tot deze soort van verdediging is, naar het mij voorkomt, ook het beroep op verjaring te brengen, die, voor onroerend goed ten minste, thans gesteld is op twaalf jaar.

De gedaagde kan zich echter in de tweede plaats verdedigen door middel van een beroep op een eigen ouder en daarom beter recht tot bezit. Hij ontkent nu niet, dat de eischer recht heeft: hij beweert slechts, dat 's eischers recht voor zijn eigen beter recht moet wijken. Het recht tot bezit, waarop de eischer zijn actie grondt, was, zoo zegt de gedaagde, in zijn oorsprong een onrecht tegenover het te voren reeds bestaande recht van mij of mijn auteur. Dit zou u niet kunnen verhinderen op te treden tegen ieder ander, maar tegen mij kan hierom uwe actie niet opgaan.

Bij deze wijze van verdediging komt een beroep op *jus tertii* niet te pas: het helpt den gedaagde niet, dat er een derde is, wiens recht tot bezit ouder en daarom beter is dan dat des eischers. Het bestaan van zulk een beter recht bij B. belet niet, dat A., de eischer, recht heeft tegen C. en alle andere *strangers* of *outsiders*. Blijken moet dat het oudere betere recht toekomt aan den gedaagde of aan een ander, van wien hij zijn recht afleidt.

Dat de acties van *ejectment* en *trover* possessoire rechtsmiddelen zijn, kan, na het gezegde, geen twijfel lijden. Zij zijn gegrond niet op een absoluut recht op de zaak, maar op een hoe dan ook verkregen relatief recht tot bezit, en gaan op alleen tegen zulk een gedaagde, in wiens houden een onrecht ligt tegen des eischers recht.

Eindelijk spreken de Engelsche schrijvers en ook P. en

W. van *ownership* of *property*. Wat verstaan zij daaronder? Het antwoord op deze vraag is niet zoo gemakkelijk als het schijnt. Bij de ontstentenis van duidelijke omschrijvingen, moet men zijn besluit opmaken uit den zin, waarin de bedoelde woorden op de zeer talrijke plaatsen, waar zij voorkomen, gebruikt worden en uit de qualiteiten, die zoo hier en daar aan dat *ownership* worden toegekend, en vóoral ook uit het Engelsche actiënstelsel.

Volg ik deze methode, dan is mijne conclusie, dat een eigendom in den zin van het Romeinsche en van ons recht in Engeland niet bekend is.

De Romeinsche, dat is ook onze, eigendom is geen bezit en geen recht tot bezit; hij is het recht om van den houder der zaak te vorderen, dat hij ons bezit en daarmee recht tot bezit verschaffe. De eigenaar heeft recht op eene daad van den houder der zaak. Hij stelt zich tegenover den houder niet met de bewering: door de zaak te houden pleegt gij een onrecht tegen mijn beter bezitrecht maar beklaagt er zich over dat de houder, die rechtens verplicht is hem de zaak over te geven, in gebreke blijft dit te doen. Er is tusschen een eigenaar, die niet tevens bezitter is, tusschen den eigenaar als zoodanig dus, en de zaak geen dadelijk verband. Zij is hem even vreemd als aan ieder derde, en tot daden van heerschappij, tot eene inwerking op de zaak is hij even onbevoegd als alle anderen. Slechts dit heeft hij voor, dat hij den houder dwingen kan tusschen de zaak en hem verband te brengen, de zaak aan zijne heerschappij over te geven. Gelijk de Groot zegt: „Eygendom is de toebehoorte tot eene zaak, waardoor iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag regtelijk te bekomen.“ *Inleiding*, II, 3 § 1. Om in zijne actie gelijk te krijgen, moet hij bewijzen, dat er te zijnen behoeve eene wijze van eigendomsverkrijging heeft plaats gehad; het bewijs daarentegen, dat hij ooit bezit gehad heeft of dat hij dit tegen zijn wil verloor, wordt van hem niet gevorderd. Is het vereischte bewijs geleverd, dan wordt de gedaagde veroordeeld tot res-

titutie, exceptieve verdediging niet medegerekend tenzij hij kunne aantoonen, dat de eigendomsverkrijging, hoe en ten behoeve van wien dan ook, later door een contrair feit is opgeheven. Beroep op zijn beter bezitrecht kan hem niet baten. De eischer beweert geen bezitrecht; hij verlangt juist, op grond van zijn eigendomsrecht, dat het bestaande bezitrecht van den gedaagde in zijne handen overga. „Nihil commune possessio habet cum proprietate“, dat geldt bij ons evengoed als het gold bij de Romeinen.

Maar in Engeland geldt het, naar het mij toeschijnt, niet. Ik zie daar slechts bezitrechten, oudere en jongere, betere en minder goede, en possessoire rechtsmiddelen; een eigendomsrecht, in den eigenlijken zin, en eene reivindicatie kan ik er niet ontdekken. P. bl. 5 verzekert ons dat: „the common law never had any adequate process in the case of land, or any process at all in the case of goods, for the vindication of ownership pure and simple. So feeble and precarious was property without possession, or rather without possessory remedies, in the eyes of medieval lawyers, that possession largely usurped not only the substance but the name of property“, en zoo is het geloof ik nog. Wel zijn de oude rechtsmiddelen, uitdrukkelijk of stilzwijgend, afgeschaft, maar ook de thans gebruikelijke acties, van *ejectment* voor onroerend en van *trover* voor roerend goed, zijn possessoir.

Haar grondslag is, boven merkte ik het reeds op, niet het absolute eigendomsrecht van den eischer, waaruit voor den houder eene verplichting tot restitutie ontstaat, maar het onrecht dat de houder door zijne feitelijke heerschappij over de zaak pleegt tegen het betere recht tot bezit des eischers. Zij zijn te vergelijken niet met onze reivindicatie, maar met de actie van art. 618 B. W. Het groote verschil tusschen deze actie en de daareven genoemde Engelsche rechtsmiddelen, is de langere duur van de laatste en de grootere ruimte daarbij aan de verdediging gelaten. Terwijl de verweerder in de actie van art. 618 zich slechts ver-

dedigen kan met het bewijs, dat de *tegenwoordige* eischer hem zijn ouder bezit ontnomen heeft, kan de gedaagde in *ejectment* en *trover* volstaan met het bewijs van zijn ouder bezit, de vraag hoe en door wien het uit zijn handen geraakte geheel in het midden latende. Doch dit verschil, hoe belangrijk het zijn moge, is er een van graad, niet van aard. Dat de Engelsche acties possessoir, niet petitoir, zijn blijkt ook uit de boven besproken rechten van *entry*, dat veelal met *ejectment*, en van *taking*, dat altijd met *trover* gepaard gaat. De rechthebbende staat niet, gelijk onze eigenaar, als een vreemde tot de zaak, tusschen welke en hem zelf geen feitelijk verband aanwezig is en die hij evenmin mag aanraken als ieder ander, zoo lang niet zulk een verband door een daad des houders of bij rechterlijk vonnis gelegd is: de rechthebbende mag de zaak binnengaan of tot zich nemen, als hij kan, omdat hij heeft recht tot bezit en dus bevoegdheid tot heerschappij.

Daar nu *ejectment* en *trover* niet [1]), gelijk ons art. 618,

---

[1]) In het oudere recht was dit anders, althans wat betreft onroerend goed. De actie genaamd „writ of right" was wel degelijk een reivindicatie, maar zij is afgeschaft of in onbruik geraakt. Op haar heeft, naar ik meen, in de boven afgeschreven plaats P. het oog, wanneer hij doelt op een „inadequate process for the vindication of ownership" in het oude recht. Hetgeen Stephen, *New commentaries*, 9de editie, III, bl. 401 zegt over deze oude thans verdwenen reivindicatie, is niet onbelangrijk, omdat het 't verschil tusschen possessoire en petitoire rechtsmiddelen duidelijk doet uitkomen: „Again if a claimant, when his estate was turned to a right in the manner above described, neglected to resort to his possessory action within the period allowed by law in that behalf, or if the ouster took place upon a discontinuance (waarover zie bl. 398), the adverse party was considered as having acquired not merely an apparent, but an actual, right of possession; and the effect of this was that the claimant was driven to bring his real action droitural, in order to establish his right of property; and by the establishment of the right of property, the right of possession was defeated."

Bl. 404 deelt hij dan verder mede, dat thans de eenige middelen om een onroerende zaak terug te krijgen nog zijn: *entry* en de *action of ejectment*. Merkwaardig voor de kennis van de wijze, waarop zich het Engelsche

eene reivindicatie naast zich hebben, kunnen we, naar ik meen, van een eigendom, in den waren zin des woords, onder het Engelsche recht niet spreken. De woorden *ownership* en *property* hebben daar een anderen zin en duiden er aan, wat wij noemen bezit als eigenaar of eigendomsbezit. De *owner* is zulk een bezitter, die de zaak voor goed, althans niet tot wederopzegging toe of voor een bepaalden tijd, onder zich gekregen heeft, en die ook in de wijze van genot of gebruik aan geene bepalingen onderworpen is; de kooper, de vinder, de persoon, die een ander uit het bezit ontzet heeft, zijn *owners*; de huurder, de bewaarnemer en dergelijken zijn het niet, ofschoon hun door het Engelsche recht *possession* en *right to possession* worden toegekend. Wel wordt ook in de laatste gevallen van *property* gesproken, maar dan met de bijvoeging *special* ter onderscheiding. De *true* of *rightful owner*, waarvan men telkens gewag gemaakt vindt, is de bezitter als eigenaar, wiens bezit door de wijze, waarop het verkregen werd, of door zijn langen duur onaantastbaar of zoo goed als onaantastbaar geworden is.

Na deze uitweiding over de vier fundamenteele begrippen van de Engelsche bezitsleer, keer ik tot mijn uitgangspunt terug. Dit in allen gevalle is thans duidelijk gebleken, dat het bezit er als een recht wordt opgevat. Men onderscheidt de *physical possession* of *possession in fact*, d. i. de feitelijke heerschappij, zoo scherp mogelijk van haar gevolg, het bezit als recht, en ik beschouw dit als eene groote en ook voor ons recht navolgingswaardige deugd van het stelsel. Minder ingenomen ben ik met de splitsing van het bezitrecht in *possession in law* en *right to possess*. Zij maakt m. i. de zaak onnoodig ingewikkeld. Er is zeer zeker groot verschil tusschen hem, die bezitrecht heeft en tevens houder is van de zaak

---

recht soms heeft ontwikkeld, is hetgeen dezelfde schrijver over het ontstaan van deze actie meedeelt, bl. 402 v. en 405 v.

Ook Pollock (bl. 94) deelt een geval mede, waar het bezitrecht verloren zijnde, de eigenaar met andere dan de possessoire rechtsmiddelen had op te treden.

(*possessor in law* [1])), en hem die wel bezitrecht heeft, maar geene feitelijke heerschappij; doch dit verschil is bloot feitelijk. Feitelijk is de *possessor in law* er beter aan toe; hij heeft wat hem toekomt en behoeft voorloopig, zoolang hij de zaak onder zich houdt, van zijn recht tot bezit geen gebruik te maken. De ander daarentegen moet om het zoover te brengen nog eerst van zijne rechtsmiddelen (*entry* of *taking*, actie van *ejectment* of van *trover*) gebruik maken. Maar uit een oogpunt van recht staan zij gelijk. Ook is het waar, dat tegen een bloot *right of possession* geen *trespass* (feitelijke stoornis of ontzetting) mogelijk is en dat hem die slechts dit recht heeft dus uit eigen hoofde de actie wegens *trespass* niet kan toekomen. Doch ook dit is een zuiver feitelijk verschil en het gevolg daarvan, dat men iemand niet kan afnemen, wat hij niet heeft.

In waarheid zijn *possession in law* en *right to possess* ééne en dezelfde zaak, een recht van of tot bezit, van beter of minder goed gehalte, meer of minder onaantastbaar, al naarmate van de bijkomende omstandigheden. Eenvoudiger en juister schijnt mij daarom, in plaats van de drieledige onderscheiding in *possession in fact*, *possession in law*, en *right to possession*, de tweeledige, die ontstaat als we den middelsten term schrappen of liever hem in het recht tot bezit oplossen. Er is niets meer dan, aan den éénen kant, bezit, het feit, de feitelijke heerschappij, en aan den anderen het daaruit voortvloeiende recht tot heerschappij, bezitrecht, zich openbarende:

---

[1]) Men bedenke, dat elke *possession in law* een *right to possess*, althans tegenover ieder ander dan den beter-gerechtigde, in zich sluit. Het spreekt overigens van zelf, dat ik hier niet vergelijk de positie van twee personen A. en B., van welke A. op zekere zaak heeft *right to possess* en B. van diezelfde zaak heeft *possession in law* met *right to possess* tegenover derden, maar ondergeschikt aan het *right to possess* van B. De *possession in law* en het *right to possess*, die ik vergelijk, zijn onafhankelijk van elkander; neem b. v. iemand die een zaak door koop in zijn bezit gekregen heeft en haar nog bezit, en zulk een kooper, die later, anders dan door zijn wil, de feitelijke heerschappij weer verloren heeft.

1°. zoolang men de zaak onder zich heeft, daarin dat men ieder, die niet beter bezitrecht heeft, weren mag en door niemand, die niet beter gerechtigd is, wegens het gebruik en genot van de zaak ter verantwoording geroepen worden kan [1]);

2°. indien men de zaak niet onder zich heeft, soms in de bevoegdheid om de zaak eenvoudig in bezit te nemen, en altijd in die om de heerschappij daarover uitgeoefend door een ander, die niet beter gerechtigd is, als een onrecht op te vatten en met eene bezitsactie te wraken.

Op deze wijze vereenvoudigd, schijnt mij de Engelsche bezitsleer klaar en bruikbaar, en ik ben van oordeel dat ook onze wet op het stuk van bezit begrepen kan worden slechts als men het opvat als een recht van soortgelijke strekking en dit zoo scherp mogelijk onderscheidt van zijn feitelijken grondslag, de heerschappij over de zaak.

Op verschillende plaatsen wordt door P. de vraag behandeld, wat noodig is om van iemand te kunnen zeggen, dat hij in die feitelijke verhouding staat tot eene zaak, waaraan het bezitrecht als gevolg is vastgeknoopt; uit welke elementen de *Thatbestand* van het bezitrecht is samengesteld. Zie daarover b. v. de *Introduction § 3: physical and mental elements in defacto possession; Part II*, *chapt. I § 1 evidence of possession: land; § 2 evidence of possession: goods.*

Het geestelijk element in het bezit als feit treedt zeer weinig op den voorgrond. Van *animus domini* is geen sprake, gelijk boven reeds werd opgemerkt. Noodig is slechts een *manifest intent of sole and exclusive dominion*, eene klaarblijkelijke bedoeling om de zaak te beheerschen; ontbreekt deze,

[1]) De actie wegens *trespass*, te vergelijken met onze actie wegens gewelddadige ontzetting (art. 619 B. W.), noem ik hier niet, omdat zij niet steunt op bezitrecht, noch op bezit, maar op de onrechtmatige aanranding der persoonlijkheid; omdat zij is „an extension of that protection which the law throws around the person".

dan kan er zijn lichamelijke nabijheid tot of zelfs aanraking van de zaak, maar feitelijke heerschappij, de noodzakelijke grondslag van bezitrecht, is er niet. De man, die mijn huis binnentreedt om mij te bezoeken, die plaats neemt op een stoel of een boek opneemt om het te bekijken, staat tot het huis, den stoel of het boek niet in zulk eene feitelijke verhouding, dat hij bezitter heeten kan.

Uitvoerig daarentegen zijn P. 's beschouwingen over het lichamelijk element. Hij toont aan, dat de mate van macht over de zaak, onmisbaar om iemand tot bezitter te maken, niet altijd dezelfde is, dat alles hier van de omstandigheden afhangt. We moeten bij de beoordeeling van dit punt acht geven op den aard van het voorwerp en op de mate van heerschappij waarvoor het vatbaar is, op de wijze waarop dergelijke voorwerpen gewoonlijk gebruikt worden en ook op de bedoelingen van den persoon, die tot nog toe bezit had. Bezit als feit, d.i. de onmisbare feitelijke verhouding tot de zaak, wordt eerder verkregen door hem, die haar occupeert *met*, dan door hem, die haar occupeert *tegen* den wil des bezitters, omdat in het eerste geval geen, in het andere wel tegenstand te verwachten is. Daarom „delivery is favourably construed .... on the ground that reality of de facto possession is measured in inverse ratio to the chances of effective opposition". Daden, die in geval van tegenstand zonder beteekenis zouden zijn, worden aangemerkt als een werkelijk treden in het bezit, indien zij gesteund worden door het goedvinden van den voorgaanden bezitter, terwijl „hostile or ambiguous occupation must make itself good at every step".

De facto bezit van land draagt noodzakelijk een ander karakter, dan dat van roerend goed. In den regel zal het voldoende zijn, dat men nu en dan daden van heerschappij daarop hebbe uitgeoefend; en wanneer het woeste grond is, die b. v. uitsluitend als jachtterrein gebruikt kan worden, zal zelfs een zeer zeldzaam gebruik reeds in staat zijn iemand als bezitter te kenmerken. Daden van heerschappij

op een gedeelte van den grond zullen als voldoend bewijs kunnen gelden van heerschappij over het geheel, indien de grond is omtuind of door den aard van zijne bebouwing (een bosch b. v.) een afzonderlijk perceel vormt.

Wat roerend goed betreft, men staat in de als grondslag van bezitrecht onmisbare feitelijke verhouding niet alleen tot die zaken, die men in de hand of in den zak heeft, maar ook tot die, welke in huis geborgen of in den tuin neergezet zijn. Goederen, die gewoonlijk buitendeur gelaten worden, zijn in onze macht niet slechts de misschien korte oogenblikken, dat we er feitelijk gebruik van maken, maar voortdurend. Aan den anderen kant is niet alles, dat zich in ons huis bevindt, in onze feitelijke heerschappij, gelijk werd uitgemaakt in een bekend geval van een pakje bankbiljetten door iemand verloren in een winkel. Het werd door een bezoeker opgeraapt en de rechter besliste, dat niet de houder van den winkel, maar de bezoeker, als vinder, bezit daarvan verkregen had.

De bezitter van een stuk land bezit in het algemeen alles wat er in is en wat er aan de oppervlakte mee verbonden is en ook het bezitrecht daarop komt hem toe, tenzij iemand anders een beteren titel hebbe, en dat onverschillig, of hij wete, dat het er in of er op is, of niet. In een stuk grond, dat voor een groot aantal jaren in pacht was uitgegeven, werd door den pachter een vóórhistorische cano gevonden. Het bezit was bij den pachter als bezitter van den grond en als vinder, maar de verpachter had een ouder recht van bezit, waarvan hij zich door het uitgeven van den grond in pacht niet had ontdaan; de cano werd daarom den verpachter toegewezen.

Het Chapter II, getiteld: „*the transfer of possession*", behandelt de verkrijging en het verlies van bezit, bepaaldelijk den overgang van bezit van den een op den ander. P. merkt op, dat voor vragen van bezit de feitelijke verhouding van de persoon tot de zaak op eenig gegeven oogenblik dikwijls veel minder in aanmerking komt, dan de geschiedenis,

d. i. het eerste ontstaan en de latere lotgevallen er van. M. a. w. bezit is een recht, dat op bepaalde wijzen ontstaat en van den een op den ander overgaat; wanneer men weten wil, of zeker persoon op een bepaald oogenblik bezitter is of niet, heeft men zeer dikwijls niet te onderzoeken, hoe hij op dat oogenblik feitelijk staat tot de zaak, maar of er voor hem een bezit verkregen en dit verkregen bezit later niet weer verloren gegaan is.

Bezit kan van den een op den ander overgaan met of zonder den wil van eerstgenoemde. Geschiedt het met zijn wil dan is er levering (*delivery*) en, aan de andere zijde, aanneming (*acceptance*, *receipt*); geschiedt het zonder zijn wil, dan is er ontzetting uit het bezit (*dispossession*, *ouster*); de ander neemt of occupeert de zaak (*occupation*, *taking*). Het woord *entry* is neutraal; men kan het gebruiken van het binnentreden en inbezitnemen van een onroerend goed, zoowel wanneer dit *met*, als wanneer het *zonder* den wil des bezitters plaats heeft.

Nergens blijkt duidelijker, hoe zeer het Engelsche recht het bezit behandelt als een recht (*possession in law* en *right to possession*) en hoe zeer deze beide vormen van het bezitrecht ineenvloeien, geheel in overeenstemming met het boven betoogde. Dat wat geleverd wordt, is niet *possession in fact*, maar bezitrecht en de overgang van feitelijke heerschappij, het den verkrijger op of in de nabijheid van het goed (ik denk hier vooreerst uitsluitend aan de levering van onroerend goed) in de gelegenheid stellen tot feitelijke beheersching was in het oude recht niets anders dan de vorm, waarin levering van het bezitrecht plaats had. In het nieuwere recht is het zelfs als vorm niet meer vereischt.

Wanneer men nog bevangen in de bij ons en in Duitschland gangbare beschouwing van het bezit als een feit, als een feit nl. waaraan wel is waar de schijn van een recht verbonden is, maar dat in zijn waren aard toch niets anders is dan een feit en dat zoo scherp mogelijk staat tegenover het recht op de zaak, P.'s hoofdstuk over de levering leest,

is men geneigd hem te beschuldigen van eene verwarring van begrippen. Het schijnt dan, dat hij in dit hoofdstuk het terrein van het bezit verlaat en dat van den eigendom usurpeert. Men moet echter die beschuldiging terugnemen, zoodra men bedenkt, dat het bezit, waarover hij hier spreekt, is bezitrecht, niet heerschappij maar recht tot heerschappij. De Schrijver wil ons niet leeren, hoe iemand met den wil van den vorigen bezitter tot de zaak kan komen te staan in de feitelijke verhouding, die *possession in fact* genoemd wordt, maar hoe men met den wil van den vorigen bezitter het tot nog toe hem toekomende recht tot heerschappij (naar het bovengezegde van den eigendom wel te onderscheiden) erlangen kan.

In het oude recht geschiedde overdracht van bezit als recht door middel van *livery*, d. i. „a formal entry by the „purchaser with the concurrence of the granter". De vervreemder stelde het onroerend goed op plechtige wijze onder de feitelijke heerschappij van den verkrijger. De handeling kon plaats hebben op het land en heette dan *livery in deed;* zij kon echter ook geschieden in de nabijheid van het goed, indien de vervreemder het den verkrijger aanwees en hem machtigde er binnen te gaan, *livery in law*. De overdracht in dezen laatsten vorm was echter eerst voltooid, indien de verkrijger het goed werkelijk was binnengegaan, eene handeling waartoe hij trouwens de bevoegdheid behield zoolang hij en de ander beiden in leven waren en die niet noodig geoordeeld werd, indien zij door het vijandig bezit van een ander feitelijk onmogelijk was.

Indien het goed door hem, die het als eigenaar bezat (*freeholder*), was verpacht voor een bepaalden tijd en hij het dus niet in eigen handen had en ook niet betreden mocht, had de overdracht van bezit op andere wijze plaats. Zeker bezitrecht bleef er voor zulk een verpachter altijd over; al moest hij zich voorloopig van alle daden van heerschappij op de zaak onthouden, bij het verstrijken van den termijn kreeg het zijne volle werking terug en ook in den tusschentijd

openbaarde het zich in de bezitsactie, waarmede de verpachter het goed van derden kon opvorderen, indien de pachter het bezit daarvan verloren had. Men construeerde dit voor den verpachter overblijvende bezitrecht als een „seisin of the freehold", wij zouden zeggen: een bezit van den eigendom, terwijl de pachter geacht werd te hebben „the possession of the land". Hoe werd nu dit voor den verpachter overblijvende bezitrecht overgedragen? Wat hij zelf niet in feitelijke heerschappij had, kon hij niet in de macht van den verkrijger stellen; de *livery* werd daarom vervangen door *attornment*, d. w. z. doordien de pachter den verkrijger als zijn landheer erkende.

In den nieuweren tijd wordt bezit van onroerend goed bijna nooit door *livery* overgedragen; het geschiedt geregeld door eene geheime overeenkomst, die op geenerlei wijze aan het publiek wordt bekend gemaakt. De plechtige overgave van de zaak is in Engeland niet, gelijk bij ons en elders, door overschrijving der schriftelijke akte in openbare registers vervangen; men heeft pogingen gedaan deze in te voeren, maar tot nog toe zonder resultaat. De afschaffing of liever het in onbruik geraken van de *livery* was het indirect gevolg van het „statute of uses" (1535), eene wet, die in de geschiedenis van het Engelsche grondbezit een groote rol gespeeld heeft; zij steunt bovendien op andere wetten en was sedert de Restauratie een voldongen feit.

Overdracht van bezit (d. i. ook hier weer bezitrecht) van roerend goed heeft, evenzeer als oudtijds de overdracht van bezit van onroerend goed, plaats door de zaak te stellen in de macht van den verkrijger of zijn dienaar. Er is bovendien, gelijk wij zien zullen, *attornment*, *brevi manu traditio* en *constitutum possessorium*. En eindelijk kan het ook overgaan, althans onder bezwarenden titel, door de enkele overeenkomst, „by parol declarations of intention without delivery". Wel erlangt daardoor natuurlijk de verkrijger geene feitelijke heerschappij; zij blijft bij den vervreemder en het gevolg is b. v. dat den eerste de zaak niet ontstolen worden

en de laatste zich aan geen diefstal schuldig maken kan; maar het bezitrecht, het recht tot heerschappij, gaat op den verkrijger over, het onmiddellijk verband tusschen hem en de zaak is gelegd.

Overdracht van bezit door het stellen van de zaak in de macht des verkrijgers vereischt de bedoeling van bezitsoverdracht; overgave dus, die men doet aan een bediende of aan den gast, dien men b. v. een stoel aanbiedt, draagt geen bezit over.

De overgave [1]) zelve geschiedt weer op verschillende manieren, van hand tot hand, door overgave van den sleutel van het pakhuis, waarin zij geborgen zijn, door middel van cognossementen of andere dergelijke documenten, of ook door de overgave van een deel der te leveren goederen. De levering door middel van den sleutel schijnt ook in Engeland veelal als symbolisch te worden beschouwd, maar P. komt tegen die qualificatie op. Hij sluit zich aan bij de meening in 1751 uitgesproken door Lord Hardwicke, dat de sleutel „is the way of coming at the possession or to make use of the thing and therefore the key is not a symbol, which would not do". De sleutel representeert de goederen niet,

---

[1]) De vraag, of de feitelijke heerschappij is overgegaan, treedt bij roerend meer op den voorgrond dan bij onroerend goed wegens haar verband met het strafrecht, bepaaldelijk met het misdrijf van diefstal. Door iemand, die feitelijk bezit heeft van eene zaak, ook al is er misschien een ander, die een beter bezitrecht heeft, kan zij niet gestolen worden; door haar onrechtmatig voor zich te gebruiken of te vervreemden, pleegt hij misschien een ander misdrijf, maar diefstal pleegt hij niet. Een zaak kan bovendien slechts ontstolen worden aan hem, die haar feitelijk bezit en slechts deze persoon kan daarom eene actie wegens diefstal hebben. Het kan derhalve ten aanzien van roerend goed eene, ook afgescheiden van elke overdracht van bezitrecht, belangrijke vraag zijn, wie van twee personen feitelijk bezitter is.

Bovendien zijn er nog de vragen, ontstaande uit het *statute of frauds* en uit het recht van reclame en van *stoppage in transitu*, die aan een niet-betaalden verkooper van roerend goed kunnen toekomen; ook de beslissing van deze vragen kan van het bestaan van feitelijk bezit bij den een of bij den ander afhangen.

maar geeft den verkrijger daarover eene macht, die hij te voren niet had. Door den sleutel over te geven legt men bovendien af „an emphatic declaration that the transferor intends no longer to meddle with the goods".

De overdracht van bezit door middel van het *constitutum possessorium* is in het Engelsche recht erkend, al schijnt de naam er niet in gebruik. Het komt er op aan, dat de vervreemder de zaak gaat houden voor den verkrijger: hij moet des verkrijgers recht van bezit erkennen en tevens, dat hij zelf het goed onder zich houdt, hetzij als dienaar, hetzij als *bailee* (huurder, gebruiker, bewaarnemer, lasthebber) des verkrijgers.

Overdracht door *attornment* komt bij roerend goed evenzeer voor als bij onroerend. A. draagt aan B. over goederen, die zich bevinden in de handen van C. Indien nu C. toestemt de goederen in het vervolg te hebben voor B., wordt B. bezitter door „an agreement of attornment": de toestemming van C. is daarbij een bepaald vereischte.

En wat eindelijk betreft de *brevi manu traditio*, ook zij komt, al zij het dan zelden, voor, indien de kooper, „is „in possession of the goods as the sellers bailee". Het karakter van des koopers bezit verandert nu: wat hij bezat als *bailee* bezit hij als *owner*, mits zulks lag in de bedoeling van partijen.

Tot zoover de overgang van bezit door den wil van den bezitter. Tegen den wil des bezitters kan overgang plaats hebben:

1°. op rechtmatige wijze, d. i. krachtens een titel, die hetzij van den bezitter afkomstig, hetzij beter is, dan de zijne: b.v. een hypotheekhouder neemt bezit, nadat de schuldenaar in gebreke is of de ware erfgenaam verdringt den *abator*, d. i. den usurpateur, die zich na den dood des erflaters ten onrechte in het bezit der onroerende zaak gesteld heeft, of de beter gerechtigde tot het bezit van roerende goederen neemt ze weg van hem, onder wien hij ze vindt, krachtens de vroeger reeds genoemde rechten van *entry* en *taking*. In

deze gevallen wordt er gehandeld krachtens recht van bezit: de tot bezit gerechtigde neemt de zaak tot zich en voor hem, die uit de heerschappij over de zaak verdrongen is, blijft niets over;

2°. op gerechtvaardigde of verschoonbare wijze, bij pandbeslag en executie en indien men in het belang van den rechthebbende een zaak in bezit neemt, die door dezen blijkbaar verloren is of een dolleman het wapen ontwringt, waarmee hij voor zich en anderen gevaarlijk is. In deze laatste gevallen blijft bij den vorigen bezitter recht van bezit bestaan: slechts de feitelijke heerschappij en daarmee recht van bezit tegenover derde minder gerechtigden gaat over;

3°. op onrechtmatige wijze, door ontzetting (*desseisin* of *ouster* ten aanzien van onroerend, *asportation* ten aanzien van roerend goed). Het is duidelijk, dat in geval van ontzetting uit het bezit slechts de feitelijke heerschappij verloren gaat: het recht van bezit blijft voor den bezitter bewaard, omdat het hem door eene eenzijdige daad van een ander niet kan worden ontnomen. Krachtens dit recht van bezit kan hij door middel van *entry* of *taking* en door middel van de acties van *ejectment* en *trover* de feitelijke heerschappij terug erlangen.

De vraag of er ontzetting heeft plaats gehad al dan niet [1]), zal vooral voor de verjaring van gewicht kunnen zijn, b.v. wanneer het er op aankomt het oogenblik vast te stellen, waarop het daarvoor noodige langdurige bezit een aanvang genomen heeft. Het zij daarom opgemerkt, dat het feitelijk bezit veel gemakkelijker verkregen wordt bij rechtmatige occupatie, dan bij onrechtmatige. De eerste heeft vóór zich het beginsel „that possession in law follows the right to possess where „physical possession is in dispute.“ Indien derhalve iemand,

[1]) De oude bezits-acties, al gingen zij tegen elken houder, waren gebaseerd op het feit der ontzetting en deden dus telkens de vraag ontstaan: heeft eene ontzetting plaats gehad? Bij de nieuwere en thans alleen gebruikelijke actie van *ejectment* kan zich die vraag niet voordoen, omdat daarbij de ontzetting erkend of als erkend aangenomen wordt.

die uit hoofde van zijn *right to possess* bevoegd is het onroerend goed in bezit te nemen, tegenstand ondervindt en zich de uitsluitende heerschappij niet bemachtigen kan, wordt hij desniettemin als de feitelijke bezitter aangemerkt, mits hij althans op eenig punt het goed zij binnen gedrongen [1]). Rechtmatige inbezitneming van een enkel stuk land geldt als inbezitneming van alle in hetzelfde graafschap gelegen goederen, waarover het recht van *entry* zich uitstrekt.

Hij daarentegen, die onrechtmatig in bezit neemt, heeft door ontzetting geen bezit verworven, zoolang hij den bezitter en de zijnen niet heeft uitgeworpen of tot weggaan bewogen, namelijk indien de bezitter of personen van zijnentwege zich op het goed bevinden. Want tusschen gewelddadige ontzetting en die, welke bij afwezigheid van den bezitter plaats heeft, wordt geen verschil gemaakt. Ook van eene ontzetting van de laatste soort begint eene verjaring tegen den vorigen en ten behoeve van den nieuwen bezitter te loopen. Er mag slechts niet zijn „concealed fraud".

Het tot nog toe uit P.'s aan inhoud bijna overrijke boek medegedeelde betreft uitsluitend het bezit van lichamelijke zaken. Kent het Engelsche recht ook het bezit van rechten? Slechts terloops wordt dit punt op een paar plaatsen aangeroerd [2]); de vraag wordt er bevestigend beantwoord. De *juris quasi-possessio* van het Engelsche recht is echter veel minder omvattend dan die van ons recht. Wij spreken van rechtsbezit bij erfpachters, opstallers, vruchtgebruikers, beklemde meijers en pandhouders. Het Engelsche recht geeft in dergelijke gevallen, voorzooverre het ze kent, en voorts in het algemeen aan pachters, huurders, gebruikers, bewaarnemers etc. bezit niet van een recht, maar van de zaak.

[1]) Zoo werd beslist, dat de man die trachtte door het raam binnen te komen en met zijn halve lijf binnen 's huis was, bezit had, zoodat in het hem bij de beenen weer naar buiten trekken eene ontzetting uit bezit gelegen was.

[2]) bl. 35 en bl. 87.

Bezit van een recht is slechts aanwezig, indien iemand van een onroerend goed, dat overigens in het bezit is van een ander, zeker beperkt gebruik of genot heeft. „When incor„poreal rights over real estate consist in or admit of exclusive „enjoyment, the de facto exercise of them is analogous to „possession, and is protected by the same remedies." Voorbeelden van dergelijke *incorporeal rights* (of liever *incorporeal things*, gelijk ze op eene andere plaats genoemd worden), zijn: *a several fishery*, *a free warren*, *a several right of herbage*, d. i. naar ik meen, *afzonderlijke* rechten van jacht, visscherij en beweiding, in tegenoverstelling van zulke rechten van jacht en visscherij, die aan een ieder, en met zulke rechten van beweiding, die aan alle rechthebbenden op eene gemeene weide (*commoners*) toekomen.

Vatbaar voor bezit zijn voorts „the rent and services inci„dent to freehold tenure", dat zijn de renten en diensten verschuldigd door de bezitters van leengoederen aan den bezitter van het heerenhuis (*manor*). Het bezit bestaat hier in het ontvangen van de rente, en ontzetting uit het bezit heeft plaats, indien na ontzetting uit het bezit van den *manor* de bezitters van de leengoederen den nieuwen bezitter als tot de rente gerechtigd erkennen [1]).

---

[1]) Bl. 88 is nog sprake van een ander soort van *rent service*: „but if one holdeth of me by rent service, which is a service in gross, and not by reason of my manor" (Littleton). Bedoeld zal zijn het geval, dat de rente niet verschuldigd is aan het heerenhuis, maar aan een persoon, zooals bij ons b. v. de erfpachtscanon en de grondrente. Ook zulk een rente is voor bezit vatbaar en ontzetting uit dat bezit heeft plaats, indien een ander de mij verschuldigde rente invordert. Wel behoud ik in dat geval mijne vordering tegen den renteplichtige, die zich tegenover mij niet heeft kunnen bevrijden door ten onrechte aan een ander te betalen, maar ik ben ook gerechtigd den derde aan te spreken met eene bezitsactie.

Dat ook tegen den renteplichtige zelf, die mij verdere betaling weigert, eene bezitsactie zou zijn toegelaten, blijkt niet. Ik acht het niet waarschijnlijk. Eene quaestie tusschen A. en B. over het bezit van eene door C. te betalen en niet betwiste grondrente kan ik mij denken en in eene bezitsactie daaromtrent ligt niets vreemds. Maar indien door C. het be-

Het bezit van onlichamelijke rechten wordt door dezelfde rechtsmiddelen gehandhaafd als dat van lichamelijke zaken.

Het Engelsche recht schijnt, evenmin als het onze, bezit te erkennen van persoonlijke rechten en schulden. Vatbaar voor bezit zijn alleen die rechten, die, al geven zij geene uitsluitende heerschappij over eenig onroerend goed, dan toch op zulk een goed of binnen eenig territoir, of tegen de bezitters of bewoners van een goed of van een territoir worden uitgeoefend: die absolute rechten, die ten aanzien van eene onroerende zaak of binnen zeker territoir geven zekere bevoegdheid tot handelen, welke aan anderen dan den rechthebbende niet toekomt. Zoo laat het zich verklaren, dat men spreekt van het bezit van de kroon, van ambten en dergelijke, al wordt dergelijk bezit thans niet meer door acties beschermd.

Het laatste hoofdstuk van P.'s verhandeling bespreekt onder het opschrift „possession and title" verschillende onderwerpen, waarvan het onderling verband niet dadelijk in 't oog springt. Hoofdzakelijk is het gewijd aan de verjaring (*limitation*) en aan den invloed van verschillende dwalingen bij de levering van roerend goed.

„Possession", d. w. hier zeggen de positie van hem, die hoe dan ook de uitsluitende feitelijke heerschappij over eene zaak verworven heeft, „is root of title". Bezit geeft recht tot bezit tegenover ieder, die geen beter recht heeft. Dit „qua-„lified right of property" is vatbaar voor overdracht en gaat over op de erfgenamen ab intestato en ex testamento: „a „person in peacable possession of land [1]) has, as against

staan zelf der grondrente betwist wordt, kan slechts eene actie tot invordering uit het recht zelf helpen.

Bij Stephen, *New commentaries*, 9e ed., I, bl. 650 vlg. vind ik als voorbeelden van *incorporeal hereditaments* genoemd: „advowsons, tithes, commons, ways, watercourses, lights, offices, dignities, franchises, corodies, pensions, annuities and rents." Of deze alle of welke van deze vatbaar geacht worden voor bezit, blijkt mij niet.

[1]) En van roerend goed geldt hetzelfde.

„every one but the owner, an interest capable of being in- „herited, devised or conveyed". Het heeft bovendien de eigenschap van beter te worden hoe langer het duurt, hetzij in de handen van denzelfden persoon, hetzij, bij overgang van den een op den ander, in de handen van verschillende personen. Vandaar het beginsel „that possession is root of title". En wat meer is, althans wat aangaat onroerend goed steunt bijna elke titel op bezit. Vandaar dat er voor den bezitter van Engelschen grond, die in de noodzakelijkheid komt zijn recht om daarover te beschikken te bewijzen, in de overgroote meerderheid der gevallen slechts één middel is om dit te doen: hij moet aantoonen, dat hijzelf en de personen van wie hij zijn recht afleidt zoolang bezeten hebben, dat elke waarschijnlijkheid van het bestaan van een beteren titel is opgeheven.

Hij wordt daarbij geholpen door de wetten omtrent verjaring, *the statutes of limitation.* Zij zijn thans voornamelijk de wetten 3 en 4 William IV c. 27, en 37 en 38 Victoria c. 57 (the real property limitation act van 1874). Bij de eerste werd de verjaringstermijn gesteld op 20, bij de laatste op 12 jaren, te rekenen van het oogenblik, waarop de actie tot opvordering van het onroerend goed geboren werd. Deze verjaring heft het recht definitief op en maakt dat van den bezitter onaantastbaar; wel wordt dit laatste in de wet nergens gezegd, maar het vloeit van zelf voort uit de vernietiging van het recht van den ouderen bezitter, gelijk P. terecht opmerkt.

Indien het bezit der zaak gedurende den verjaringstermijn steeds geweest is in handen van denzelfden persoon of van verschillende personen, maar dan tengevolge van regelmatige opvolging, is de vraag, voor wien ten slotte het recht verkregen is, gemakkelijk beantwoord. Het komt aan hem die bezitter is bij het einde der 12 jaren.

Maar wat, indien er binnen den verjaringstermijn ontzetting op ontzetting heeft plaats gehad? A. is ontzet door B., B. op zijne beurt door C.; C. is bezitter op het oogenblik, waarop de 12 jaren verstreken zijn. Onder ons recht zou

men in dergelijk geval moeten onderscheiden tusschen acquisitieve en extinctieve verjaring. De eerste zou, door het ontbreken van ongestoord en onafgebroken bezit, zijn uitgesloten; de tweede zou ten goede komen aan C., tenzij er na de ontzetting van B. door C. nog geen jaar verstreken was, zoodat de eerste tegen den laatste van de bezitsactie gebruik kon maken. Naar het Engelsche recht, zooals P. het ons beschrijft, komt de verjaring in het gestelde geval nooit aan C., steeds aan B. ten goede. Zij heft slechts het recht van A. op: met de vraag echter ten behoeve van wien zij dat doet, laat zij zich niet in. De beslissing van deze vraag hangt daarvan af, wie van de twee, B. of C., geheel afgezien van de rechten van A., en gelet alleen op hunne onderlinge verhouding, recht heeft op de zaak. Welnu, die rechthebbende is B. Toen hij door de daad van C. het bezit verloren had, verkreeg hij tegen C. dezelfde actie die A. tegen hem kon instellen. Op het oogenblik, waarop A.'s twaalf jaren verstreken zijn, loopen die van hem zelf nog en eerst dus wanneer ook B.'s actie verjaard is, zal C. onaantastbaar bezitter geworden zijn. „When there is no continuous possession either by the same person or several persons claiming one from the other, the result seems to be that the relative position and priority of inchoate titles, acquired by any number of persons within the period of limitation remain unaffected by the extinguishment of the true owner's right, and the person who happens to be in possession derives no advantage from that extinguishment as against any one whose right is not specifically barred."

Ook voor de actie tot opvordering van roerend goed (*action of trover*) bestaat eene verjaring, van 6 jaren naar ik meen. Zij verschilt echter daarin van de nieuwere, door de bovenaangehaalde wetten voor onroerend goed ingevoerde verjaring, dat zij niet het recht, maar slechts de actie vernietigt. Vandaar dat de rechthebbende op roerend goed het mag terug nemen van onder de handen des houders, ook nadat de verjaring heeft plaats gehad. Een actie had hij niet meer, doch

ziet hij kans het goed terug te krijgen zonder actie, dan staat de verjaring hem niet in den weg en wordt hij op nieuw onaantastbaar bezitter. Slechts zij hij voorzichtig in het gebruiken van geweld: want „the effect of recapture by force after the expiration of the time limited for bringing an action seems open to doubt. It might be held that possession so taken was so wrongful as not to be capable of coalescing with the true title".

Wat betreft echter „goods sold in market overt", en *negotiable instruments*, overgedragen onder bezwarenden titel aan een bona fide verkrijger, bestaat in het geheel geen recht van terugneming, evenmin als eene actie tot terugvordering. Ziedaar dus, minder absoluut, de bepaling van ons art. 2014 al. 1 B. W.

De § over „the effect of mistake on delivry of chattels" behandelt de gevolgen van dwaling: *a.* omtrent het doel waarmee roerend goed wordt overgegeven; *b.* omtrent de identiteit der zaak; *c.* omtrent den persoon. Ofschoon zij ook voor ons in hooge mate leerzaam is, laat ik haar rusten. Ik heb, naar ik vrees, de grenzen van een tijdschriftopstel toch reeds overschreden.

Ik wil echter niet eindigen, zonder aan ieder belangstellende in het zakenrecht de lezing en herlezing van Pollock's boek met nadruk te hebben aanbevolen. Al bevat het geen Nederlandsch recht, het is uitnemend geschikt om het inzicht in de beginselen van het zakenrecht ook voor Nederlanders te verdiepen. Gemakkelijk is de studie niet, en uit een systematisch oogpunt staat het boek niet hoog. Maar de methode van onderzoek is des te beter. Wij zijn nog altijd te zeer geneigd, in onze beschouwing van de verhoudingen tusschen menschen onderling uit te gaan van zekere ons ingeprente formules en begrippen, waardoor onze blik op hetgeen er in het leven in werkelijkheid plaats heeft, wordt verduisterd. Wij weten precies b. v. wat bezit is en wat eigendom en in welke verhouding zij tot elkander staan, in de boeken namelijk. Maar wat zij zijn en hoe zij tot elkander staan in

de werkelijkheid, wat feitelijk de positie is van een bezitter of van een eigenaar, in welke verhoudingen zij tegenover anderen zich geplaatst kunnen zien en hoe er in die verhoudingen feitelijk gehandeld wordt, dat weten de meesten onzer veel te weinig. Voor een goed deel draagt hiervan de schuld de uitwendige vorm van ons recht, de codificatie. Zij dringt als van zelf tot de meening, dat het recht bestaat uit een aantal begrippen en definities en hare consequenties. Dat dit alles niets anders zijn dan meer of minder juist, dikwijls zeer onjuist, gevormde abstracties uit het eigenlijke recht, dat in den grond niets anders is dan het maatschappelijk leven zelf, dat doet zij ons voorbijzien. Voor een ander deel echter dragen wij zelven de schuld, door onze te groote voorliefde voor de rechtswetenschappelijke methode der Duitsche dogmatiek, thans culmineerende in het *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*. Haar systeem, hare splitsing des rechts in deelen en onderdeelen, hare begrippen, definities en onderscheidingen bevatten ontegenzeggelijk veel, dat waar en bruikbaar is. Maar we kunnen het zonder gevaar gebruiken slechts onder de voorwaarde, dat we nooit vergeten, dat daarin het wezen der zaak niet gelegen is; dat het niets anders zijn dan hulpmiddelen, om ons de heerschappij over het recht te vergemakkelijken, mogelijke gezichtspunten voor het overzien der stof, die op absolute waarde geen aanspraak kunnen maken, en in geen geval de stof zelve zijn.

Verliezen we dit uit het oog, dan zijn ze als een gif, dat het leven onzer wetenschap bedreigt en kunnen we een tegengif niet ontberen. Wij bezitten zulk een tegengif in de Fransche jurisprudentie met hare fijne casuïstiek. Maar van nog krachtiger tegenwerking kan, naar ik meen, het Engelsche recht zijn, zooals het door de beste schrijvers wordt uiteengezet. Wanneer men hunne werken leest, verliest men de aanraking met het leven, d. i. met het recht zelf, nooit. Zij wijzen er ons den weg in, niet door het ons te laten zien in zekere conventioneele afbeeldingen en typen, maar door het met ons te doorwandelen.

Daarbij komt, dat het Engelsche recht ook in zijn inhoud van het onze verschilt. Hoezeer de Engelsche maatschappij en de onze elkander gelijken mogen, er zijn toch ook zeer belangrijke punten van verschil. Het is zeker geene gewaagde stelling, dat het verschil tusschen haar en onze maatschappij grooter is dan dat tusschen de laatste en de Fransche b. v. Ook hierin ligt een motief tot beoefening van het Engelsche recht. Er is geen beter middel tot vermeerdering van ware wetenschap, dan de vergelijking van objecten, die naast veel overeenkomst veel verschil vertoonen. Eerst daardoor wordt het mogelijk in de dingen te onderkennen het wezenlijke en het toevallige, het blijvende en het voorbijgaande, en dit is toch het einddoel van ons wetenschappelijk streven.

Wat ik hier gezegd heb ter aanbeveling van de bestudeering van Engelsche schrijvers over recht in het algemeen behoudt zijn volle kracht, wanneer we van Pollock's *possession* spreken. Gemakkelijk, voor ons ten minste, is het boek niet; doch voor wie het zich in hoofdzaken heeft weten eigen te maken zal het zijn als eene openbaring. Hij zal b. v. inzien, dat het bezit niet is eene wonderlijke, bijna onverklaarbare instelling, voor welker opneming in het recht men verschooning heeft te vragen, maar het zakenrecht bij uitnemendheid, *de* regeling van 's menschen heerschappij over de natuur buiten hem, en dat vergeleken met het bezit de eigendom van ondergeschikt belang is, tenzij men, wat zeker veel gebeurt, aan het bezit zelf weer den naam van eigendom toekent.

NOG EENS DE ARCHIEVEN-QUAESTIE,

DOOR

Mr. H. M. COHEN TERVAERT,

Advocaat te Assen.

Moge het, in het algemeen, verkeerd zijn, wanneer de strijdende partijen de oorlogsbijl begraven hebben, haar weder op te delven en zoo misschien den krijg op nieuw te doen ontbranden, waar het geldt een wetenschappelijken strijd is m. i. voor die afkeuring geen plaats. Vandaar dat ik het waag nogmaals, en thans hier, „de archieven-quaestie" ter sprake te brengen. Te eer durf ik daartoe overgaan, omdat, naar het mij voorkomt, de strijd niet op zuiver terrein is gestreden en men van verkeerde wapens gebruik heeft gemaakt.

Vooraf ga echter eene herinnering aan de feiten, welke die archieven-quaestie hebben doen geboren worden.

In 1882 hadden de Staten van Overijssel besloten, aan het Geschiedkundig Overijsselsch Museum in bruikleen af te staan een viertal voorwerpen — een steenen en een houten beker, een zegelstempel en een stuk ordenslint — afkomstig van het vroegere Stift ter Hunnepe, maar in 1885 was door hen besloten aan dit besluit geen uitvoering te geven, doch, overeenkomstig den wensch van den Minister van Binnenlandsche Zaken, die voorwerpen over te laten brengen naar het Rijksmuseum.

Door de Regeering waren ze n.l. voor het Rijksmuseum opgeëischt, omdat de bezittingen van het Stift ter Hunnepe bij convenant van 19 November 1663 aan de voormalige Ridderschap van Overijssel zouden zijn gekomen en bij de opheffing der Ridderschap, krachtens de Staatsregeling van

1798, aan den Staat zouden zijn vervallen en het wenschelijk voorkwam, alle aan het Rijk behoorende oudheden van Nederlandschen oorsprong te vereenigen in het Rijksmuseum.

In het zeventiende stuk der *Verslagen en Mededeelingen van de Vereeniging tot Beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis* (Zwolle, Erven J. J. Tijl, 1889) trekt Mr. J. C. Bijsterbos in volle wapenrusting tegen de opvatting der Regeering te velde.

Het al of niet wenschelijke om alle oudheden van Nederlandschen oorsprong in het Rijksmuseum samen te brengen daarlatende, wijst Mr. Bijsterbos erop, dat niet in 1798, zooals de Minister het doet voorkomen, maar reeds in 1795 de Ridderschap van Overijssel ophield te bestaan en dat van dat tijdstip af de goederen van dat Regeeringslichaam op het geheele gewest zijn overgegaan.

En die goederen zijn bij de Staatsregeling van 1798 niet aan de Republiek overgedragen, maar het eigendom gebleven van het gewest, later de Provincie, Overijssel.

Wel, zegt Mr. Bijsterbos, is de gewone voorstelling en spreekwijze, dat er in 1798 plaats had een amalgama van bezittingen en schulden, maar volkomen juist is die uitdrukking niet.

Art. 200, „het beruchte" art. 200 van de Staatsregeling van 1798 toch luidt: „Alle Geldmiddelen van de Republiek, hetzij dezelve bestaan in belastingen, hetzij in bezittingen, hoe ook genaamd, waarvan de inkomsten, vóór de invoering der Staatsregeling, gekomen zijn ten voordeele van de Kas der Generaliteit, midsgaders van de Kassen der onderscheiden Provinciën, van de drie Kwartieren van Gelderland, van het Landschap Drenthe, en van Bataafsch Braband, worden verklaard en van nu voortaan gehouden voor nationaale inkomsten en bezittingen van het geheele Bataafsche Volk."

Alleen dus die bezittingen worden verklaard tot nationale bezittingen, die inkomsten opleveren; goederen derhalve, die geen inkomsten opbrengen, blijven het eigendom van de gewesten.

Tot zoover valt op het betoog van Mr. B. niets af te dingen; ook mij komt het voor, dat de Staten van Overijssel in hun recht zouden zijn geweest, als zij de afgifte der vier gemelde voorwerpen, afkomstig van het Stift ter Hunnepe, hadden geweigerd.

Maar niet meer kan ik met des Heeren Bijsterbos bewering meegaan, wanneer hij, op grond dat die voorwerpen eigenaardig in een archief t'huis behooren, zijne stelling, hoe juist overigens ook, op alle archiefstukken, ook op het eigenlijke archief — immers alle stukken en bescheiden van vroegeren en lateren tijd, waardoor een juridieke persoon in staat wordt gesteld om met redelijken zin in logischen samenhang met vroegere daden en toestanden zijne handelingen in te richten — wil overbrengen en toepassen. En dat om deze reden.

Bij voorwerpen, zooals de vier genoemde, is een eigendomsrecht bestaanbaar, maar men kan niet, althans niet in denzelfden zin, spreken van eigendomsrecht van een archief. Wat zou hier voorwerp van dat recht zijn? Niet anders dan het perkament of het papier.

Maar waar van een archief gesproken wordt, daar heeft men niet op het oog dat perkament of het papier, maar daar denkt men aan den inhoud, aan de gedachte, waarvan de stoffelijke voorwerpen, het perkament of het papier, de dragers zijn. Wanneer dus van eigendom van een archief sprake kan zijn, dan is het voorwerp van dat recht niet een tastbaar voorwerp, maar een abstractie, de inhoud der stukken. Het komt mij voor, dat dit verschil niet onbelangrijk is, en dat dus niet uit het oog mag worden verloren, dat eigendom van een archief geheel iets anders beteekent dan eigendom van stoffelijke voorwerpen. Men mag dus niet op het archief toepassen wat rechtens is voor die voorwerpen, die Mr. Bijsterbos speciaal op het oog heeft.

Wat hiervan zij, Mr. B. ontzegt der Regeering het recht om te beschikken over de archieven en alles wat daarin behoort, zonder volledige toestemming van de gewesten.

In eenigszins anderen vorm: „Heeft de Staat het recht om te beschikken over de oude archieven van de voormalige rechtscolleges?" bespreekt Mr. H. G. Jordens in *W. v. h. R.* n°. 5786 dezelfde quaestie, mede naar aanleiding van des Heeren Bijsterbos artikel. Hij komt tot geheel hetzelfde resultaat, al verschilt hij ook van Mr. B. in sommige ondergeschikte punten. Het archief is provinciaal eigendom, daaraan mag de Regeering niet raken.

Met gevelde lans trekt in *W.* n°. 5788 Mr. J. A. Levy tegen deze leer op. Inderdaad geen bekwamer strijder kon voor het goed recht van den Staat in het strijdperk treden. Geduchte, maar welverdiende houwen en stooten worden uitgedeeld aan onze neiging tot individualisme en andere „middelpuntvliedende hebbelijkheden".

Het goed recht van den Staat put Mr. Levy uit de verhouding van het Centraal gezag tot de onderdeelen. Sedert de Staatsregeling van 1798 zijn de departementale en gemeentebesturen administratieve lichamen, zij hebben hun ontstaan en bestaan te danken aan het „goedgunstig gedoogen van het Staatsgezag". Zoodra de Staat het wil, is het met het bestaan van het administratieve lichaam gedaan; hoe zou nu — kon hier van *eigendom* sprake zijn — zijn eigendom veilig kunnen zijn tegen den Staatswil? Maar van eigendom kan hier geen sprake zijn, want het eigendom van de provincie (c. q. van de gemeente) is wel beveiligd tegen aanranding van derden, maar bestaat niet tegenover den Staat. Men heeft het privaatrechtelijk begrip van eigendom overgebracht op publiekrechtelijke verhoudingen, waarop het niet past.

In *W.* n°. 5792 tracht Mr. Levy, antwoordende op een daarop gerichten aanval van Mr. A. D. W. de Vries in *W.* n°. 5791, zijne opvatting van eigendom in publiekrechtelijken zin te verduidelijken.

Salva omni reverentia komt het mij voor, dat de beproefde strijder voor de hoogheid van den Staat hier niet zeer gelukkig is geweest, want hij blijft in gebreke aan te toonen, wat eigendom in publiekrechtelijken zin onderscheidt van

eigendom jure privato. Immers het onderscheid, dat Mr. Levy aangeeft, kan niet als afdoende worden aangenomen.

„Vooronderstelling, om Mr. Levy's eigen woorden te gebruiken, vooronderstelling van ieder privaatrecht (dit woord in objectieven of in subjectieven zin, als rechtsorde of als rechtsaanspraak genomen) is zijne onschendbaarheid binnen den door de wet gelaten kring." Even verder omschrijft Mr. L. deze woorden aldus: „Vooronderstelling van alle privaatrecht, van eigendom zoo goed als de rest, is, dat er, onverschillig waar, ééne door de wet ingeruimde plaats zij, hoe klein ook, waar het individu, des noods allen trotseerend, zeggen kan: hier ben ik heer, ik alleen.

„Vooronderstelling daarentegen van alle publiekrecht is: het tot wet verheven Staatsbelang. Het moment der onschendbaarheid, zoo even aangewezen als principiëel noodig, valt hier even principiëel weg. Wat zou hier onschendbaar zijn? De persoon? Neen, want des noodig beschikt de gemeenschap in oorlog en vrede over zijn leven of gezondheid. Zijn goed? Neen, want des noodig kan hij, ja schadeloos worden gesteld, maar zijn goed moet hij missen."

Gevraagd mag worden of de onschendbaarheid binnen den door de wet gelaten kring, de vooronderstelling, volgens Mr. Levy, van alle privaatrecht, niet evenzeer geldt in het publiekrecht. Immers binnen den door de wet gelaten kring is b. v. de gemeente tegenover het Staatsgezag geheel onschendbaar. Maar verder: die hooggeroemde onschendbaarheid van den eigendom in privaatrechtelijken zin is zoo weinig een fundamenteel vereischte, dat de Staat door het middel der onteigening ieder oogenblik ons kan verdrijven van de plaats, waar we pas geleden zoo zegevierend riepen: Hier ben ik heer, ik alleen.

Tegenover den Staat kan niemand zich op onschendbaren eigendom beroepen, is daarmee het begrip van eigendom in privaatrechtelijke beteekenis onbestaanbaar geworden?

Maar het komt mij voor, dat door Mr. Levy de strijd op een onzuiver terrein is overgebracht, dat Mr. Levy de

quaestie verplaatst heeft. De vraag toch is niet: Kan de Staat over de Archieven beschikken?, maar deze: Kan de Staat, en namens hem de Regeering, dat doen bij eenvoudigen maatregel van bestuur? Niemand, zelfs Mr. Bijsterbos niet, zal durven beweren dat wanneer een wet, *des noods in den vorm van onteigening*, den afstand beval van alle archieven en musea aan het Rijk en de overbrenging daarvan naar het Rijksarchief of het Rijksmuseum, de provinciën of gemeenten zich tegen dien afstand en die verplaatsing zouden kunnen verzetten, evenmin als wij ons op privaateigendom zouden kunnen beroepen, wanneer we in een zuiver communistischen staat woonden. Ik zei boven, wanneer een wet, desnoods in den vorm eener onteigening, den afstand beval, zou men zich daartegen niet kunnen verzetten. Want inderdaad zulk een wet zou noodig zijn, wanneer de Regeering het wenschelijk oordeelde b. v. het Drentsch museum van oudheden naar Amsterdam over te brengen. Dit museum toch is bijeengebracht uit daartoe telken jare door het provinciaal bestuur beschikbaar gestelde gelden en overigens door geschenken van belangstellenden, alles met het doel dat die voorwerpen in de provincie zouden blijven.

Ik behoef zeker niet op te merken, dat voor het voorstellen van eene wet met die strekking weinig gevaar zal bestaan.

De meening van Mr. Levy, dat, aangezien het administratief onderdeel, de provincie of gemeente, bestaat bij goedgunstig gedoogen van het Staatsgezag als administratief geheel, dit laatste aan het eerste kan gelasten wat hem goeddunkt, kan dus in dezen stand der quaestie geen invloed oefenen, omdat, wil de Staatswil zijn doel bereiken, hij moet spreken in de daarvoor aangewezen organen. Zoo kan niet bij Koninklijk Besluit of bij Algemeenen Maatregel van Bestuur een provincie of gemeente haar zelfstandig bestaan verliezen, maar enkel en alleen bij de Wet, als daartoe in de Grondwet aangewezen orgaan.

De vraag, zuiver gesteld, is dus: Kan de Regeering, bij Algemeenen Maatregel van Bestuur, beschikken over de oude

archieven der voormalige regeeringspersonen? Zoo ik, na bestrijding van Mr. Levy's motieven, ten slotte toch van zijne meening ben, dat der Regeering de bevoegdheid daartoe niet kan worden ontzegd, dan zijn mijne beweegredenen, gedeeltelijk althans, van gansch anderen aard dan die van Mr. Levy.

In tweeërlei opzicht heeft de door mij gestelde vraag concreet zich voorgedaan, en wel ten aanzien van de oude rechterlijke archieven, berustende onder de gemeentebesturen, en ten aanzien van de archieven der provinciale besturen.

Daar de redenen, die mij er toe leiden om de gestelde vraag in beide opzichten bevestigend te beantwoorden, niet dezelfde zijn, dient de quaestie, ten aanzien van beide soort archieven, afzonderlijk besproken te worden.

1°. De oude rechterlijke archieven.

Na de „hereeniging" van ons land met Frankrijk, werd bij Keizerlijk decreet van 1810 de overbrenging van al de oude rechterlijke archieven gelast naar de Griffiën der Rechtbanken van eersten aanleg. Bij de onbeperkte macht des Keizers was dit decreet natuurlijk ten volle rechtsgeldig.

Bij algemeenen maatregel van bestuur, uitgevaardigd bij K. B. van 8 Maart 1879 (S. n°. 40) werd daarop gelast, dat al die oude rechterlijke archieven, die dagteekenden van vóór de invoering der Fransche Wetgeving en thans bij de Gerechtshoven, Rechtbanken, Kantongerechten of onder de Hypotheekbewaarders berustende waren, naar de bewaarplaatsen van het Rijksarchief zouden worden overgebracht.

Doch aangezien ook nog dergelijke rechterlijke archieven bij de gemeenten waren blijven berusten en sommige, b. v. Montfoort, de afgifte daarvan weigerden, op grond dat dat Besluit op haar niet toepasselijk was, omdat daarin van *gemeentebesturen* geen melding gemaakt werd, is bij K. B. van 9 October 1883 (S. n°. 141) die bepaling zoodanig aangevuld, dat zij ook betrekking had op de oude rechterlijke archieven, die nog bij de gemeentebesturen berustten.

Op grond van de aldus aangevulde bepaling vroeg de

Regeering van sommige gemeenten op nieuw de afgifte, en toen enkele bleven weigeren, werd den Commissarissen des Konings, uit kracht van artikel 127 der Gemeentewet, opgedragen, in de uitvoering van dat besluit, waarbij de overbrenging gelast was, te voorzien en de archieven op te eischen. Naar aanleiding van dit optreden der Regeering had er in de Tweede Kamer bij de behandeling der Staatsbegrooting voor 1889 een debat plaats tusschen de Heeren van Delden en Roëll eenerzijds en den Minister van Binnenlandsche Zaken, den Heer Mackay, andererzijds.

Zonder in een bespreking van dat debat te willen treden — men vindt het vrij uitvoerig weergegeven in de *Gemeentestem* n°. 1955 — komt het mij, evenals der Redactie van de *Gemeentestem*, blijkens n°. 1956, niet twijfelachtig voor, dat de Regeering het goed recht aan hare zijde heeft. Zoowel ten aanzien van de materiëele als van de formeele zijde der quaestie.

Immers het schijnt mij, evenals genoemde Redactie, niet voor bestrijding vatbaar, dat de bedoelde archiefstukken zijn van publiekrechtelijken aard en toebehooren aan den Staat. Dit blijkt m. i. uit de herkomst der stukken. Die oude rechterlijke archieven zijn uitgegaan van de gemeenten, maar niet van de gemeenten als zoodanig, maar van de gemeenten als rechtsprekende overheden. Tijdens het bestaan toch der Republiek werd in verreweg de meeste steden het recht gesproken in naam van de plaatselijke Overheid. Dit veranderde in 1798, toen bij artikel 38 der Burgerlijke en Staatkundige Grondregels der Staatsregeling bepaald werd: „Er zal door de gantsche Republiek alleen regt worden gesproken in naam en van wege het Bataafsche Volk."

Dat is steeds zoo gebleven in de opvolgende Staatsregelingen, behalve dat in plaats van het souvereine Volk, de drager, de personificatie dier souvereiniteit, de Koning, is gekomen en het recht door de onderscheiden rechtscolleges werd gesproken in Zijnen naam. De taak der gemeentebesturen ten aanzien van de rechtspraak is dus sedert 1798 geheel afgeloopen en overgedragen op de daartoe door de Wet aan-

gewezen colleges. En met de taak zelve verviel ook het recht op het archief, dat de gemeentebesturen tot de goede uitoefening dier taak in staat stelde. En met het overnemen dier taak door den Staat zelven, ging op hem over het recht op de rechterlijke archieven, opdat hij in staat zij in logischen samenhang met vroegere toestanden en rechten zich van de thans op hem rustende verplichting te kwijten. Want nogmaals zij er op gewezen, de waarde, de beteekenis van een archief bestaat bloot in den inhoud, terwijl, zooals boven gezegd, de met rechtspraak belaste Staatsorganen den inhoud, die van den drager, het papier of perkament, niet te scheiden is, tot behoorlijke uitoefening hunner taak van noode hebben.

En wat nu de formeele zijde van de quaestie betreft, zooals boven reeds is gezegd, het decreet van 1810, uitvloeisel van de onbeperkte macht des Keizers, is volkomen rechtsgeldig en heeft kracht van wet. De algemeene maatregelen van bestuur van 1879 en 1883, uit kracht waarvan de medewerking der gemeentebesturen werd gevorderd, en toen die werd geweigerd, den Commissarissen des Konings, volgens de gemeentewet, werd opgedragen in de uitvoering ervan te voorzien, berusten dus op dat decreet en bijgevolg kan ook tegen hunne rechtsgeldigheid niets te berde worden gebracht [1]).

2°. Het provinciaal archief.

Ten einde het oude Utrechtsche bisschoppelijke archief, voor zoover het anterieur is aan het jaar 1528, toen het bisdom werd geseculariseerd en de bisschoppelijke kanselarij geen bemoeiingen meer met het wereldlijk gezag had, zooveel mogelijk te reconstrueeren en derhalve de uit die kanselarij verdwaalde stukken in 's Rijks archief te Utrecht terug te brengen, verzocht de Minister van Binnenlandsche Zaken den Archivaris in Overijssel eenige, onder zijne berusting zijnde, stukken terug te zenden aan den Archivaris in Utrecht.

---

[1]) Zie nader omtrent dit punt de *Gemeentestem* n°. 1956.

Zoodra het bestaan van dit voornemen bekend werd, zond het Bestuur der Vereeniging tot Beoefening van Overijsselsch Regt en Geschiedenis, in opdracht der leden, den 5den November 1888 een verzoek aan de Staten der provincie Overijssel om er bij den Minister op aan te dringen geen mutatiën te doen geschieden in het oud-archief dier provincie, voordat die aan Heeren Gedeputeerde Staten zouden zijn meegedeeld, opdat dezen konden nagaan of zoodanige voorgenomen mutatiën ook in strijd waren met de reserve, door de Staten van die provincie gemaakt bij het goedkeuren van de door den Minister voor den Rijks Archivaris in Overijssel gemaakte instructie, waarbij n.l. de provincie al hare rechten op het oud-archief zich voorbehield, onder bijvoeging dat dit in de hoofdplaats (der provincie) moest blijven.

Door de Staten werd, bij besluit van 8 November 1888, aan Gedeputeerden opgedragen in overeenstemming met dat verzoek zich te wenden tot den Minister, hetgeen geschiedde bij missive van 30 November daaropvolgend. Het antwoord van Z. E. van 22 Februari 1889, waarin mededeeling werd gedaan van de voorgenomen mutatiën, hield tevens in dat aan den Archivaris last was gegeven om de stukken naar Utrecht over te brengen.

Een nader schrijven van Gedeputeerde Staten aan den Minister van 26 Februari 1889 was hiervan het gevolg en daarin werd verzocht de zaak te laten rusten tot de a. s. Zomervergadering der Staten van Overijssel, waarin dan Gedeputeerde Staten het voorstel wilden doen, dat de Staten zouden goedkeuren dat die stukken naar Utrecht werden overgebracht, ook wanneer zich daaronder mochten bevinden, waarvan de herkomst uit het Bisschoppelijk Archief niet mocht kunnen bewezen worden.

Bedoeld voorstel werd inderdaad door Gedeputeerde Staten ingediend, maar bij missive van den Minister van Binnenlandsche Zaken d. d. 29 Juni 1889 werd aan Gedeputeerde Staten meegedeeld, dat Z. E. geen termen had gevonden om op Zijn besluit terug te komen en dat Z. E. vertrouwde, dat de Staten

van Overijssel het goed recht der Regeering zouden erkennen.

Ten gevolge van deze, zeker niet welwillende behandeling, deelden Gedeputeerde Staten aan de Staten van Overijssel bij missive van 1 Juli 1889 mede, dat zij thans het door hen ingediend voorstel niet konden handhaven, dat zij van oordeel waren dat de Staten het nu niet meer moesten laten bij een eenvoudig voorbehoud der rechten van de provincie, maar dat zij (de Staten) de Gedeputeerde Staten zouden machtigen tot de afgifte uit het provinciaal archief enkel en alleen van die stukken, die, naar het oordeel van Gedeputeerde Staten, werkelijk deel hadden uitgemaakt van het Archief der Bisschoppen van Utrecht en later daaruit zijn afgedwaald.

Hoe het verder in deze quaestie is gegaan, is mij niet bekend [1]), maar het doet m. e. ook niet ter zake.

Het goed recht toch der Regeering kan, dunkt mij, kwalijk worden ontkend.

Met de Staatsregeling der Een en Ondeelbare Bataafsche Republiek hielden de vroegere souvereine Gewesten geheel op te bestaan. In hunne plaats kwam het Geheel, de Bataafsche Republiek zelve; de functiën, in het Staatsorganisme der oude Republiek — voor zooverre men toen van een Staatsorganisme mag spreken — door de souvereine Gewesten vervuld, gingen over op dat Geheel, en daarmede de neerslag als het ware dier jarenlange uitoefening, het oud-archief dier vroegere provinciale besturen. En hoe zou het ook anders? Hoe zou het Geheel ooit in staat zijn geweest om de van de vroegere Zeven afzonderlijke Gewesten overgenomen taak naar behooren te vervullen, wanneer het niet had kunnen beschikken over de middelen, die het in staat stelden om zonder stagnatie, in logisch verband met vroegere toestanden, te beslissen en te besluiten?

Nu is het wel waar, dat de Staat, het Geheel, niet alles zelf kan doen en daarom heeft het Staatsgezag onderscheiden,

---

[1]) Ook de pas verschenen *Verslagen omtrent 's Rijks Oude Archieven* over 1888 (bl. 178) verspreiden over den verderen gang dezer quaestie niet meer licht.

hem toekomende en op hem rustende, functiën overgedragen aan de gewestelijke onderdeelen. Maar die onderdeelen zijn sedert de Staatsregeling van 1798 bloot administratieve lichamen, en hoe nu ook de namen, zelfs de grenzen dier onderdeelen veranderd mogen zijn, 't zij dat ze heeten Departementen of Provinciën, 't zij dat de grenzen der laatste al of niet samenvallen met die der Departementen, 't zij zelfs dat de kring der bevoegdheden van de tegenwoordige provinciën steeds meer is uitgebreid en dien der Oude souvereine Gewesten in enkele opzichten moge evenaren, dit eene blijft onwrikbaar vaststaan: Het Gewestelijk onderdeel is een bloot Administratief lichaam, dat, zooals Mr. Levy zegt, „gesubordonneerd is aan, niet gecoördonneerd is met het Administratief geheel, dat den naam draagt van Staat der Nederlanden".

Het administratieve lichaam heeft dus niet een eigen doel te bereiken, maar zijn doel is enkel en alleen de verwezenlijking, voor zoover hem betreft, van het doel des Geheels. Alle daartoe strekkende middelen moet dus de Staat te zijner beschikking stellen, en zoo is het heel natuurlijk, dat de Staat, zooveel mogelijk, de tegenwoordige provinciën in het bezit heeft gelaten van de archieven der oude Gewesten.

Maar even natuurlijk is het dat de Staat, wanneer hij meent dat het doel der Gemeenschap beter bereikt kan worden op een andere wijze dan tot nu toe placht te geschieden, door bijvoorbeeld de functiën, die thans de administratieve onderdeelen uitoefenen, aan zich zelven te trekken of aan andere lichamen over te dragen, tot het aanbrengen dier veranderingen uit zich zelven bevoegd is, en dat hij zich zelven of die andere lichamen daartoe in staat moet stellen door zich of hun de beschikking te verschaffen over alle stukken, die op de uitoefening dier functiën betrekking hebben.

Om dit met een voorbeeld duidelijk te maken. Gesteld dat de Staat, meenende dat het meer in het belang zou zijn van de gemeenschap, als de provinciën belast werden met de zorg voor den Waterstaat, alle Waterschappen ophief

en hunne functiën overdroeg aan de provinciën, dan zou het m. i. niet twijfelachtig zijn, dat met de taak ook aan de provinciën overgingen de archieven van de Waterschappen.

De provincie dus, als administratief onderdeel, heeft de bevelen van den Staat, het administratief Geheel, te gehoorzamen en kan zich niet beroepen op een nimmer bestaan hebbenden eigendom. En nu spreekt het wel van zelf, dat dat bevel aan de provincie kan worden overgebracht bij eenvoudig Besluit des Konings, als Hoofd van den Staat, als Drager der Uitvoerende Macht.

Gelijk ik hoop boven te hebben aangetoond, komt het mij niet twijfelachtig voor, dat de Staat het goed recht aan zijne zijde had, toen hij de overbrenging gelastte en doorzette van de oude rechterlijke archieven en van stukken uit het provinciaal Overijsselsch Archief.

Of die maatregelen wenschelijk en noodig waren, of ook in 't vervolg dergelijke maatregelen oorbaar zijn, op die vragen valt m. i. geen onder alle omstandigheden en in alle gevallen afdoend antwoord te geven. Het richtsnoer moet, dunkt mij, dit zijn: die oude archieven te doen strekken ten meesten bate van allen; zij moeten zich bevinden ter plaatse, waar zij eigenaardig 't huis behooren en waar zij tevens het gemakkelijkst kunnen worden geraadpleegd door belanghebbenden en belangstellenden.

BOEKBESCHOUWINGEN.

Termijnhandel in goederen, door E. L. Jacobson. — Prft. — Leiden, 1889.

Eenige maanden geleden moest de Bisschop van Peterborough ernstige aanvallen van de Britsche pers verduren, omdat hij het wedden alleen dan wanneer het in dobbelen ontaardde, en dus niet onbepaald, als zondig had veroordeeld. En dat nog wel in een land, welks wetgever zoo dikwijls had getracht afdoende maatregelen te nemen tegen het wedden en hetgeen daaraan verwant is of daaraan kan worden gelijk gesteld — zooals met den termijnhandel niet zelden het geval is.

De termijnhandel heeft niet alleen aan menig wetgever, maar ook aan menig geleerde veel hoofdbrekens gekost, en het laatste woord is er zeker nog niet over gezegd.

Onlangs heeft de Heer E. L. Jacobson dit belangrijk, maar moeilijk onderwerp gekozen als stof voor zijn te Leiden verdedigd, uitstekend proefschrift, waarvan het mij een genoegen is hier eene aankondiging te mogen leveren. Na te hebben uiteengezet op welke wijzen de termijnhandel pleegt gedreven te worden, geeft de Schrijver een overzicht van zijne geschiedenis en van den omvang, dien hij allengs heeft verkregen, om vervolgens te wijzen op zijne licht- en schaduwzijden, zoowel „uit het oogpunt der staathuishoudkunde", als uit dat „van den handel", en daarna zijn juridisch karakter te kenschetsen waarbij niet alleen het jus constitutum maar ook het jus constituendum in aanmerking komt. Eindelijk staat hij stil bij den tegenwoordigen stand van wetgeving en rechtspraak in Nederland en ook — hoewel zeer kort — in het buitenland.

De beschrijving van den termijnhandel en zijne verschillende vormen — onderwerp van het eerste Hoofdstuk — munt uit door

duidelijkheid. Tracht in het algemeen de koopman voordeel te verwerven door tegen lagen prijs in te koopen en tegen hoogen prijs te verkoopen, en brengt iedere overeenkomst van koop en verkoop uit den aard der zaak mede verplichting tot levering aan de eene, tot betaling aan de andere zijde, hij heeft het middel weten te vinden om rechtstreeks uit de prijsverschillen, welke zich zoowel in den tijd als in de ruimte kunnen voordoen, winst te behalen. Overeenkomsten van koop en verkoop blijft hij aangaan, maar niet met het doel om eerst het gekochte, na betaling, in ontvangst te nemen en dat weer vroeger of later aan een of meer nieuwe koopers 't zij hier of elders af te leveren. Om in ontvangst te nemen en weer af te leveren is het hem dan niet te doen, hij stelt alleen belang in het verschil tusschen den door hem beloofden en den door hem bedongen prijs. Hij wijzigt dan zijne overeenkomsten door er zekere voorwaarden aan te verbinden, die in hoofdzaak hierop neerkomen dat eerst na eenigen tijd zal geleverd en betaald worden. Veranderen vóór het aanbreken van dien tijd de omstandigheden of zijne inzichten nopens die omstandigheden, dan is hij nog in de gelegenheid door het sluiten van nieuwe overeenkomsten, met dezelfde of met andere partijen, zijne positie te verbeteren. Voorziet hij rijzing der prijzen tegen den gekozen termijn, dan doet hij inkoopen, al heeft hij nog niet de contanten, voor de betaling vereischt, tot zijne beschikking; voorziet hij daling, dan verkoopt hij, al bezit hij nog geenszins het goed, tot de levering waarvan hij zich verbindt. Hij gaat dus uit van de onderstelling, dat hij zoo noodig de vereischte contanten zal kunnen vinden, of zich het nog niet voorhanden goed zal kunnen aanschaffen, en rekent derhalve, wanneer hij kooper is, op credietmiddelen, wanneer hij verkooper is, op eene welvoorziene markt, waar verkrijgbaar zal zijn hetgeen hij zich verbond aan zijnen kooper te leveren. En was in tijden van weinig ontwikkeld crediet het koopen zonder reeds dadelijk van contanten voorzien te zijn onvoorzichtig, zoo zal ook nu nog de handelwijze van hem zeer gevaarlijk moeten heeten, die iets wat hij nog niet bezit verkoopt, wanneer er niet eene ruime markt onder zijn bereik ligt waar het verkochte ten allen tijde in de vereischte hoeveelheden verkrijgbaar is. Op een levendig verkeer, op goede middelen van gemeenschap, moet hij dus kunnen rekenen, evenzeer als op het noodige crediet. Waar deze vereischten voorhanden zijn kan hij iederen dag optreden als kooper of wel als verkooper naarmate hij voordeel meent te kunnen behalen. Hoe meer algemeen dergelijke

overeenkomsten worden gesloten, zooveel te gemakkelijker laat elke daarvan zich afwikkelen, zonder dat levering van het verkochte aan de eene zijde of betaling aan de andere zijde wordt verlangd. Voorzooverre toch de partijen de bedoeling hadden winst te maken uit het verschil in den prijs op het oogenblik van het sluiten der overeenkomst en op den termijn voor hare nakoming vastgesteld, zullen zij zich tevreden stellen met afrekening van dat verschil, en in de gevallen dat nakoming wordt verlangd, zullen zij in de gelegenheid zijn om door eene tegenovergestelde operatie met eenen derde te sluiten zich daartoe in staat te stellen. Zoo treedt verrekening der prijsverschillen veelal in de plaats voor de uitvoering der verbintenissen. Deze kunnen nog zeer gewijzigd worden door b. v. den kooper vrijheid te geven, des verkiezende levering te eischen reeds vóór den bepaalden tijd, of aan den verkooper om vóór dien tijd het verkochte te leveren en betaling te vragen; door aan één der partijen de bevoegdheid te laten om geheel van de zaak af te zien, zelfs om zich nader te verklaren of hij tegen den overeengekomen prijs als kooper dan wel als verkooper zal willen optreden.

Deze verschillende vormen van den termijnhandel worden met zorg en nauwkeurigheid beschreven, zoo ook de middelen welke men heeft weten te vinden tot het regelen van dezen handel, die licht tot verwikkelingen aanleiding kan geven, want gevaarlijk is hij, al ware het alleen omdat hij voor een zoo zeer belangrijk deel op crediet steunt. Onder die middelen komen voor, behalve het stellen van vaste termijnen voor de afrekening, de zorg voor eene geregelde noteering van de op tijd verhandeld wordende goederen, voor gemakkelijke afwikkeling der betaling van de prijsverschillen door een stelsel van compensatie, overdracht van contracten, ringvorming, storting van zekere sommen tot waarborg (marges), eindelijk door het oprichten van zoogenaamde likwidatie-kassen.

Of de ingenomenheid van den Schrijver met deze laatste — betrekkelijk nog jeugdige — inrichtingen niet wellicht wat al te groot is, zal de ervaring nader moeten uitwijzen. Hetgeen in het vorig jaar met de Waaren-Liquidations-Kasse te Hamburg is voorgevallen waarschuwt tot voorzichtigheid. Deze maatschappij, die met een volgefourneerd kapitaal van drie millioen Mark werkt, heeft blijkens het verslag van haar Bestuur in 1889 niet minder dan M. 981,400.35 verloren op den door hare tusschenkomst gedreven termijnhandel in suiker, waarbij 9.117.000 zakken à 100 kilo zijn omgezet. Dat verlies werd geleden op een nieuw en-

gagement, eerst à la baisse, daarna à la hausse. De speculatie à la hausse viel juist in den tijd dat de hoofdmarkt Maagdenburg in Juli door eene geweldige daling zoozeer werd ontstemd en ontredderd, dat men daar het regelen der prijsverschillen en het afrekenen tot medio September tijdelijk staakte. De Maagdenburger firma, die te Hamburg à la hausse was geëngageerd, geraakte buiten staat hier aan hare verplichtingen te voldoen, en nu was voor het Bestuur der likwidatie-kas goede raad duur; immers, besloot het de nalatige firma te executeeren, dan werden de vorderingen van deze op andere Maagdenburger huizen, het grootste deel van haar actief, oninbaar, en trad het in eene minnelijke schikking, dan nam het een belangrijk risico op zich. Toch werd deze weg gekozen, en het Bestuur nam de vorderingen op de andere Maagdenburger huizen, die eerst tegen medio September konden gerealiseerd worden, over. De daling der suiker hield intusschen aan, en het slot was het zeer belangrijk verlies van bijna één millioen Mark [1]). De directeuren hebben tegen de algemeene vergadering hun ontslag ingediend en de Commissarissen hun mandaat ter beschikking van de aandeelhouders gesteld [2]).

Trouwens de Schrijver heeft (bl. 170—73, 180—84) de mogelijke bezwaren niet verzwegen en zelf op de Hamburger likwidatiekas gewezen, wier Bestuur ook in 1888, tijdens den koffie-corner aan die markt, herhaaldelijk aan ernstige beschuldigingen had bloot gestaan; ook vindt hij — wellicht niet zonder recht — in het enkele feit, dat de Amerikanen ze nog niet hebben overgenomen, aanleiding tot het vermoeden dat mogelijkerwijze de schaduwzijden de lichtzijden overtreffen.

Hoofdstuk II „geschiedenis van den termijnhandel“ geeft, behalve eenige bijzonderheden betreffende ons vaderland, een kort overzicht van hetgeen op wetgevend gebied zoo hier als elders te dezer zake is voorgevallen. Daaruit blijkt, dat de wetgever, wanneer hij zich met den termijnhandel bemoeide, in den regel trachtte hem tegen te gaan, zijne afkeuring motiveerende niet zoozeer op den aard van dezen handel zelven, als wel op het misbruik dat er licht van kon gemaakt worden en niet zelden gemaakt is, op de oneerlijke praktijken waartoe hij dikwijls aanleiding gaf en op de rampen, door speculatie en zwendel in het algemeen te weeg gebracht. In dit overzicht waren misschien

---

[1]) Zie de *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, 21 Februari 1890, 1e Blad A.
[2]) Zie het Weekblad *The Economist*, 1890 February 22, p. 245.

eenige meerdere mededeelingen betreffende Engeland en Noord-Amerika niet overbodig geweest, inzonderheid met het oog op het verband tusschen bepalingen tegen weddenschappen en die tegen den handel op tijd [1]).

Het derde Hoofdstuk levert eene „beoordeeling van den ter-„mijnhandel uit het oogpunt van de Staathuishoudkunde en in „'t bijzonder van den handel".

Zoowel aan de voorstanders als aan de tegenstanders wordt hier met onpartijdigheid het woord gegeven. Helder en volledig worden van weerszijden de argumenten uiteengezet. Sommigen verafschuwen den termijnhandel en noemen zijne werking demoraliseerend en voor den reëelen handel ruïneus. Immers, men kan hem drijven zonder kapitaal, zonder clientèle, zonder kennis en reputatie; men kan den omvang der zaken tot het ongeloofelijke uitbreiden, ongemotiveerde prijsveranderingen in het leven roepen ten koste van den kleinhandel en van de consumenten, kortom men doet den koopman ontaarden in eenen speler. Anderen daarentegen stellen zijne nuttige werking op den hoogsten prijs. Hij verruimt, volgens hen, de markt, door ieder de gelegenheid te schenken tot het koopen en verkoopen, onverschillig of hij reeds kan leveren, of reeds wil ontvangen; zij voorkomt overdreven prijsveranderingen door ieder in staat te stellen zijne operatiën te regelen ook met het oog op de omstandigheden die in de naaste toekomst van invloed zullen zijn op den stand der markt; opent aan diegenen welke zich voor groote risico's willen in acht nemen een gemakkelijken weg om zich tegen gevaar te dekken, en leidt tot eene verdeeling, zoo van winsten als van verliezen over vele hoofden. In verband met arbitrage en speculatie (zonder welke toch geen handel hoegenaamd wordt gedreven) is hij eene noodzakelijke aanvulling voor de verbeterde verkeersmiddelen, waardoor deze eerst recht aan hunne bestemming kunnen beantwoorden, en handels-centra die weigeren er aan mede te doen zullen door concurrenten onherroepelijk worden overvleugeld.

Het is niet anders: de termijnhandel is zeer gevaarlijk. Juist omdat hij grootendeels op crediet wordt gedreven, komt de koopman licht in de verleiding om aan zijne zaken te groote uit-

---

[1]) Vergelijk G. Herbert Stutfield, *the Law relating to betting, time-bargains and gaming*, Londen 1886. — T. Henry Dewey, *a treatise on contracts for future delivery and commercial wagers*, New-York 1886.

breiding te geven zoodat hij, wanneer zijne berekeningen falen, allicht blijkt grootere verplichtingen te hebben aangegaan dan zijne middelen hem veroorloofden. Bovendien wordt aan hen die van de zaken geen kennis hebben het aanlokkelijke uitzicht geopend op gemakkelijk te behalen, ruime winsten, waardoor zij zich laten medeslepen tot speculatiën, die eenmaal op teleurstelling moeten uitloopen. En juist door de zoo gemakkelijke deelneming van onkundigen wordt een element van onzekerheid in het leven geroepen bij de regeling der prijzen. Oppervlakkig beschouwd zou het schijnen, dat deze zich juister zullen stellen naarmate de concurrentie zoowel van de koopers als van de verkoopers uitgebreider is, maar dit geldt slechts in zooverre als men bij beide partijen kennis van zaken, helder inzicht, koel beleid, nauwgezette berekening kan onderstellen. Nemen echter massa's onkundigen en ongeoefenden door op de markt mee te doen deel aan het werk van het bepalen der prijzen, dan valt elke waarborg dat dit werk goed zal worden verricht weg, en dan ontaardt werkelijk de handel in beursspel. Te meer omdat juist die onkundigen zoozeer onderhevig zijn aan verkeerde invloeden, niet zelden door hunne onberaden handelingen anderen ernstig benadeelen en zelfs voor diegenen welke met hunne zwakheid voordeel kunnen doen, een geschikt veld voor bedriegerij en zwendelarij openen.

Na de voor- en nadeelen nog eens kortelijk te hebben opgesomd (bl. 164—65), komt de Schrijver tot de m. i. juiste slotsom, dat, al ontbreekt aan de medaille wel niet de keerzijde, toch de voordeelen van overwegend belang zijn, dat de termijnhandel eene economische taak vervult in het groote raderwerk der maatschappij. „Het is te hopen“ — zoo besluit hij — dat men door „schade en schande wijs geworden, zal terugkomen van de over„drijving der termijnzaken, en dat men middelen zal vinden om „de bovengenoemde manipulatiën te beperken. Zoodoende zal de „werkelijk nuttige invloed, dien de termijnhandel bestemd is te „oefenen, meer en meer tot zijn recht komén.“

Het vierde Hoofdstuk geeft eene „beschouwing van den ter„mijnhandel uit het oogpunt van het recht“, in hoofdzaak neerkomende op eene beantwoording van de vraag, welk standpunt de wetgever tegenover den termijnhandel moet innemen. Verbodsbepalingen onder bedreiging van straf worden terecht afgekeurd, al was het alleen omdat zij, gelijk de geschiedenis heeft geleerd, niet zijn te handhaven, zonder den geoorloofden handel ernstige belemmeringen in den weg te leggen. Zelfs op de vraag of de

wetgever niet aan de termijnoperatiën, zonder ze strafbaar te stellen, ten civiele rechtsgevolg zou kunnen ontzeggen zoodat de daarmede behaalde winsten in rechte niet kunnen worden ingevorderd, moet het antwoord ontkennend luiden. Eene afwijking van het beginsel „pacta sunt servanda" mag niet dan om uiterst gewichtige redenen worden toegelaten en die zijn hier niet aanwezig, daar alle door de wet aan de bestaanbaarheid der overeenkomsten gestelde eischen voorhanden zijn, terwijl de gewone door de wet gegeven middelen om partijen voor bedrog en geweld te vrijwaren voldoende geacht moeten worden om onrechtvaardige benadeeling te keeren. Daar komt bij, dat eene dergelijke regeling allicht tot immoreele handelingen verleidt. Immers, wie zal zich beroepen op eene exceptie, gegrond op de wetsbepaling welke aan eene gesloten verbintenis, omdat zij onder zekere rubriek valt, rechtsgevolg ontzegt? Niet hij die eerlijk aan zijn verplichtingen wil voldoen, maar „de zoodanige „lieden, die niets geven om een goeden naam en enkel hunne „geldzucht zoeken te bevredigen. Voor dezulken levert eene „wetsbepaling als bovenbedoeld eene schoone gelegenheid op, „om zich in den termijnhandel te werpen, daar zij er nu nooit „kwaad bij kunnen; hunne winsten zullen zij incasseeren (zij „weten, dat men zich in den handel niet van de wetsbepaling „bedient), hunne verliezen zullen zij eenvoudig niet betalen, „zich verschuilend achter de wet, die alzoo alleen ten bate strekt „van gewetenlooze lieden, voor wie zij niet is gemaakt. De deel„neming van lieden van slecht allooi wordt dus uitgelokt, en „de toestand erger in plaats van beter gemaakt. In Frankrijk „is het in de crisis van 1882 voorgekomen, dat allerlei geweten„looze personen in de meest gezochte aandeelen opereerden, en „wel te gelijk à la hausse en à la baisse, aldus de zekerheid „hebbende van te zullen winnen, hoe de prijs ook liep, en zonder „vrees voor verliezen, die ze immers toch niet behoefden te be„talen. Zoo zal de wet zelden tot de gewenschte, gewoonlijk „tot ongewenschte gevolgen leiden" (bl. 191 v.).

Het is bekend, dat dergelijke handelingen op alle beurzen zijn voorgekomen, en het zou den Schrijver weinig moeite gekost hebben voorbeelden aan te voeren. Velen herinneren zich, hoe de operatiën in dividenden Handelmaatschappij in 1876 te Amsterdam tot eene kleine crisis aanleiding gegeven hebben, toen de uitdeeling was tegengevallen en de koopers zich niet allen in staat zagen aan hunne engagementen te voldoen, sommigen ook weinig gezind waren hunne verliezen te betalen. Een van hen, te 's Gravenhage

woonachtig, die een jaar te voren met gelijke operatiën *f* 50.000.— had gewonnen, maar nu *f* 60.000.— verloor, antwoordde op het hem gedane verzoek van betaling met de toezending van een vonnis, waarbij twee jaren geleden een gelijksoortige eisch was ontzegd op grond van art. 1825 Burg. Wetb., houdende dat de wet geene rechtsvordering toestaat ter zake van eene schuld uit spel of uit weddenschap voortgesproten.

In Frankrijk heeft eene cause célèbre den stoot gegeven tot wijziging van de met art. 1825 Burg. Wetb. overeenstemmende bepaling van den Code civil, eene wijziging waarop reeds herhaaldelijk, vooral na de crisis van 1882, met kracht was aangedrongen. In 1884 gaf de rechtbank te Parijs de merkwaardige beslissing, welke niet kon strekken om het vertrouwen in den effectenhandel te versterken. Zekere Vicomte de la Panouse was groot speculant à la hausse in aandeelen van de in 1882 gefailleerde Union Générale, juist toen ten gevolge van haar stagneeren de geweldige daling van hare aandeelen inviel. Ten einde het gekochte te kunnen betalen wist hij eenen makelaar over te halen hem *fr.* 600.000.— te leenen om het te zijnen nadeele komend prijsverschil te kunnen goed maken. Daarvoor gaf de Vicomte hem 12 promessen af, ieder ad *fr.* 50.000.— Op den vervaldag echter weigerde hij die te betalen, omdat zij hare oorzaak hadden in beursspel en aan den houder werd de eisch ontzegd. Deze hield toen de geprotesteerde promessen onder zich als een kostelijk bewijs voor hetgeen dus eene speelschuld (eene eereschuld!) bleek te zijn. Maar de Vicomte was daarmede niet tevreden en, wellicht aangemoedigd door zijn reeds behaald succes, sprak hij zijnen crediteur aan tot teruggave van de onbetaalde promessen, natuurlijk ook nu zonder betaling aan te bieden. De rechtbank stelde hem weer in het gelijk, op grond dat teruggave der accepten noodig was om aan het eerste vonnis uitvoering te verzekeren en om den acceptant te beschermen tegen mogelijk later gebruik, 't welk de houder tegenover hem van deze stukken zou kunnen maken.

De aandrang tot wetswijziging werd nu zoo sterk, dat deze in 1885 is tot stand gekomen. Daarbij had men te worstelen met eene moeilijkheid, die aan de aandacht van den Heer Jacobson geenszins ontgaan is: het trekken van eene scherpe grens tusschen den termijnhandel waaraan men rechtsgevolg diende toe te kennen eenerzijds, en spel en weddenschap, waaruit geene rechtsvordering zou moeten voortvloeien, anderzijds. De vraag of de Fransche wetgever er volkomen naar wensch in ge-

slaagd is deze moeilijkheid te overwinnen thans in het midden latende, wil ik mij bepalen tot het door den Schrijver (bl. 174 v.) aanbevolen stelsel, dat zoo hier te lande als elders door velen wordt gehuldigd. Zijne redeneering komt in hoofdzaak hierop neer. De aanleiding om in twijfel te trekken of de koop en verkoop op termijn eigenlijk wel een koop en verkoop is, ligt in de omstandigheid dat die transactiën zoo dikwijls zonder levering en betaling afloopen, zich oplossende in eene verschilverrekening. Maar het rechtelijk karakter der overeenkomst wordt niet veranderd doordat in de wijze van nákoming door partijen verandering wordt gebracht. Waar de een zich verbindt om eene zaak te leveren, de ander om den bedongen prijs te betalen, daar bestaat rechtens en koop en verkoop. Dit karakter wordt gemist bij zoodanige overeenkomsten, die wel is waar in den vorm van een koop en verkoop worden gehuld, maar waarbij tevens wordt bepaald dat geene levering en betaling zullen plaats hebben. Hier is geene later aangebrachte wijziging in de nakoming, maar reeds van den aanvang af werd bedongen dat de zoogenaamde koop en verkoop tot niets anders dan verschilverrekening leiden zoude. Waar alzoo een essentiale ontbreekt, kan onmogelijk worden aangenomen, dat een koop en verkoop zou gesloten zijn, maar moet gezegd worden dat eene weddenschap is aangegaan. De rechter moet de bevoegdheid hebben om te onderzoeken, of bij eenige transactie, die als koop en verkoop wordt voorgedragen, ook soms de levering is uitgesloten, m. a. w. of de inhoud der overeenkomst beantwoordt aan den vorm, waarin zij gestoken is. Immers bij weddenschap sluit de wet de rechtsvordering (en niet zonder reden, daar toch spel en weddenschap volkomen nuttelooze overeenkomsten zijn) uit, en nu moet de rechter waken, dat niet, om die wetsbepaling te ontduiken, de weddenschap in het kleed van eene volkomen rechtsgeldige overeenkomst worde gehuld. Zoo dikwijls echter niet blijkt van eene uitsluiting van de levering door partijen — alzoo in de overgroote meerderheid der gevallen — moet het bestaan van koop en verkoop worden aangenomen. Die uitsluiting mag evenwel niet worden afgeleid uit de vermeende, of voor waarschijnlijk gehouden bedoeling van een of van beide partijen, maar alleen dan worden geacht van den beginne af aanwezig te zijn geweest, wanneer zij in het contract uitdrukkelijk is opgenomen.

Dit stelsel — ik geef het den Schrijver toe — zal zeker den termijnhandel voor een zeer groot deel redden; partijen, vooral

zij die hun beroep van dezen handel maken, zullen niet dan bij hooge uitzondering bij het aangaan van hunne overeenkomst uitsluiting der levering bedingen, zoodat in de overgroote meerderheid der gevallen de rechtsvordering zal toegelaten en de exceptie van spel of weddenschap afgesneden zijn. Ik moet intusschen bekennen, dat het stelsel mij niet geheel bevredigt. Aangenomen, dat eene overeenkomst, waarbij met uitsluiting van levering eenvoudig verrekening van prijsverschil is gestipuleerd, geen koop en verkoop mag genoemd worden, volgt daaruit dat haar alle rechtsgevolg behoort te worden ontzegd; moet eene overeenkomst juist vallen onder het begrip van koop en verkoop of een dergelijk bij een bepaalden naam bekend contract, om verbindende kracht te hebben? En wanneer eene zaak naar de duidelijk gebleken bedoeling van partijen op zoodanige verrekening van prijsverschil zal neerkomen, moet dan de beslissing over de vraag, of zij in haren aard al dan niet eene weddenschap is, afhangen van het al of niet melding maken van die bedoeling in de overeenkomst op het oogenblik zelf dat deze werd tot stand gebracht?

Ik ben niet vreemd aan de meening, dat teleurgestelde contractjagers, 't zij liefhebbers of contramineurs, die chicanes willen zoeken, niet zelden zullen trachten den rechter te overtuigen, dat de bedoeling van partijen, zoo al niet expressis verbis in de overeenkomst opgenomen, toch bij het sluiten daarvan duidelijk was te kennen gegeven en over en weer gebleken, zoodat zij neêrkwam op het aangaan van eene zuivere speculatie op prijsverschillen, en dus met weddenschap moest worden gelijk gesteld, en ik zou vreezen, dat de rechter het ontbreken van de bepaalde vermelding van uitsluiting der levering niet altijd voor afdoende zal houden.

De beraadslagingen over de Fransche wet van 1885, waarbij de termijnhandel zou worden beschermd tegen de exception de jeu ou de pari, en ook de jurisprudentie na hare invoering bewijzen, dunkt mij, dat de grens tusschen de begrippen speculatie en weddenschap, sedert men gewoon is geworden onder dit laatste woord ook te begrijpen de tijdaffaires, zeer moeilijk te trekken is. Ook de ervaring in Engeland en in Noord-Amerika opgedaan wijst m. i. op de waarheid van deze stelling, dat in landen, waar de wetgeving aan spel en weddenschap rechtsgevolg wil onthouden, noch spel noch weddenschap, noch speculatie, noch windhandel noch zwendel wordt gekeerd. Zoude niet, nu toch meer en meer blijkt, dat aan den termijnhandel door den wetgever onmogelijk

een band kan worden aangelegd, de beste oplossing deze zijn, dat hij geheel afzag van de exceptie van spel en weddenschap [1])?

Het blijft toch altijd aan gegronden twijfel onderhevig of niet op de meest afdoende wijze het overdreven spelen en wedden op crediet zal worden tegengegaan wanneer de wedders en spelers vooraf goed weten dat zij in geval van verlies zullen moeten betalen wat zij hebben beloofd. Zou niet de moraliteit daardoor winnen? En ligt niet het kwaad zoowel van den termijnhandel als van het spelen en wedden in de overdrijving? Het wil mij voorkomen, dat de Bisschop van Peterborough geen ongelijk had toen hij in zijn verweerschrift [2]) op het verkeerde van die overdrijving met ernst wees, maar er bijvoegde dat overdrijving in het maken van verteringen, in het nemen van rust, in het gebruiken van spijs en drank zeer verkeerd is, al mag daarom niets van dat alles bij inachtneming van de juiste maat zondig genoemd worden.

Wat de Schrijver in het vijfde Hoofdstuk nopens den staat van wetgeving en rechtspraak in Nederland en in het buitenland mededeelt, kan m. i. eerder strekken om de gegrondheid van mijnen twijfel duidelijk in het licht te stellen, dan om dezen te verzwakken. Intusschen, het is hier de plaats niet om op deze belangrijke kwestie dieper in te gaan. Men kan een werk waardeeren en bewonderen zonder alles wat daarin voorkomt te onderschrijven, en ik voor mij breng gaarne de hulde mijner bewondering aan den Schrijver van dit proefschrift, dat m. i. door inhoud en vorm beide uitmunt.

Groningen, Maart 1890.

W. A. Reiger.

---

[1]) Verg. het proefschrift van M. G. L. van Loghem, *Spel en Weddenschap*, Amsterdam 1880, bl. 50—55.

[2]) Bishop of Peterborough, *Betting*, *gambling*, *and my critics* in *The Fortnightly Review*, December 1889, bl. 754—64.

C. P. ZAAIJER, Dading naar Nederlandsch recht. — Dissertatie. Leiden, 1889. — 185 bladz.

„Bezüglich der Methode aber kann gar nicht genug betont werden, dass *die sorgfältigsten Spezialstudien* den Untergrund bilden müssen für jedes haltbare wissenschaftliche Gebäude" — dus waarschuwde Binding der wetenschap, toen hij, in forsche omtrekken, de verhouding schilderde, die tusschen wetgever, rechter en wetenschap voor een gezonde rechtsontwikkeling noodzakelijk is [1]). Kon de groote criminalist van des heeren Zaaijers arbeid kennis nemen, hij zoude reden hebben, der Nederlandsche rechtswetenschap geluk te wenschen. En dit niet alleen, om hetgeen reeds verkregen werd, maar ook om hetgeen voor de toekomst in uitzicht wordt gesteld. Wie in een proefschrift van zooveel zaakkennis en oordeel blijk geeft, mag het bij een eersteling niet laten, al is hem daarvoor ook de hoogste onderscheiding te beurt gevallen.

De Redactie van dit tijdschrift verzocht ons, de dissertatie bij hare lezers in te leiden. Wat wij uit eigen beweging niet zouden gedaan hebben, meenden wij na dergelijke vereerende opdracht niet te mogen nalaten. Vandaar deze bladzijden.

In de eerste Afdeeling — het proefschrift telt er vijf — bespreekt Schrijver het karakter der dading. Vooraf echter gaat een onderzoek naar de beteekenis der woorden *dading* en *transactio*, alsmede naar de redenen, waarom in de Fransch-Nederlandsche codificatie aan deze overeenkomst een afzonderlijke titel is gewijd. Met name de eerste kwestie achten wij voor den jurist van tamelijk ondergeschikt belang, en wij zouden er niet bij stilstaan, zoo wij niet lazen (bladz. 6): „Men heeft gepoogd *de beteekenis van het begrip uit het woord af te leiden.* Von Völderndorff Waradein stelt het voor, *alsof de etymologie van het woord reeds tot de conclusie moest leiden dat transactio onmogelijk kan doelen op eene schikking om niet:* „„indem die Verhandlungen zwischen beiden Parteien über gütliche Beilegung des Rechtsstreits, das gleichsam hinüber und herüber Handeln als transigere genannt wird"". Het blijkt niet, of de heer Zaaijer met deze woorden instemt. Maar evenmin, dat hij er zich tegen verzet. En dit laatste betreuren wij. Wij spreken nu maar niet

[1]) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, I, bl. 28.

over de naïeve afleiding [1]), die *transactio* in verband brengt met het „hinüber und herüber handeln" der transigeerende partijen. Of liever nog, die partijen laat hinüber und herüber handeln, omdat men meent, dat *transigere* die beteekenis heeft. Want — en ziehier ons principiëele bezwaar — Von V. W. poogt de beteekenis van het begrip uit het woord af te leiden. Het is dezelfde methode, waarop men ook getracht heeft het begrip rechtshandeling vast te stellen; wij meenden evenwel, dat de hierbij verkregen resultaten niet van dien aard waren, om tot eene herhaalde toepassing bij de speciale contracten uit te lokken.

Doch keeren wij tot het karakter der dading terug. Dit karakter dan is een onderstellend: immers geen dading, of er moet tusschen partijen bestaan een geschil, eene „subjectieve rechtsonzekerheid". Daarom is nog niet elke schikkingsvorm over dergelijke onzekerheid eene transactie; zij is het alleen dan, wanneer partijen zich eene wederkeerige opoffering getroosten. Achtereenvolgens wordt aangetoond, dat zoo inderdaad de opvatting van art. 1888 B. W. is; dat dit artikel, evenals het Fransche model, aan het Romeinsche recht zijn oorsprong dankt, waar deze opvatting der dading de oudste was. Evenwel niet de eenige. Daargelaten nog de overeenkomsten, waarbij een gemeenschappelijke boedel tusschen belanghebbenden gedeeld wordt, en die in het Corpus Juris — Schr. toont het glashelder aan — minder nauwkeurig transactie genoemd worden, was de Romeinsche dading, evenals die van het Duitsche Ontwerp, eèn ruimer begrip dan de onze. „Bepaalt zich de laatste tot eene res litigiosa, tot eene zaak in geschil, de eerste heeft niet slechts eene sub-

[1]) *Transigere*, in zijne oorspronkelijke beteekenis, beduidt: iets ergens door heen drijven, bijv. bij Seneca, *Oed.*, 857: transigere ferrum per ambos pedes; dan eenigszins gewijzigd: een zaak met iets doorboren, bijv. Tacitus, *Ann.*, 14—37: se ipsum gladio transigere; eindelijk, in figuurlijken zin, een geschil uit de wereld maken, bijv. Cicero, *Att.*, 4, 16: transigere minore pecunia cum privatis. Het verloop is hetzelfde als bij het synoniem *decidere*, wat letterlijk beteekent afslaan, bijv. Plautus, *Merc.*, 2, 2, 37: decide collum, si falsum est uti loquar; en in overdrachtelijken zin: een geschil beslechten, bijv. Cicero, *Verr.* 4, 32: Qui cum reo *transigat*, post cum accusatore *decidat*. Wil men een analogon uit den nieuweren tijd, dan denke men aan het Fransche *couper*. Wel verre dus van aan een zeuren, een schacheren over en weer, zooals von V. W. meent, doet *transigere* aan eene korte en bondige beslechting denken, aan een doorhakken der kwestie.

jectieve, maar ook eene objectieve onzekerheid tot object gehad" (bladz. 11). Deze bewering wordt aangedrongen met een beroep op ettelijke leges, waar de schikking niet een tusschen partijen hangend geschil, maar — Schrijver wijst terecht op de analogie met artt. 779 en 780 K. — de beëindiging eener objectieve onzekerheid ten doel heeft. Ook bij Huber vindt men dezen dubbelen vorm: zijn pleitsaccoort was eene „overeencominge, waardoor eene onseekere saek of hangende pleit door middel van yets te geven of te beloven werdt bijgeleyt".

De Heer Zaaijer meent de verschillende denkbeelden, waarvan hier sprake is, door de tegenstelling van subjectieve en objectieve onzekerheid tot uitdrukking te moeten brengen. Hij veroorlove ons echter eene enkele opmerking.

Eerstens, kan eene objectief onzekere rechtsbetrekking — stel eene voorwaardelijke verbintenis — geen voorwerp van geschil en dus van dading zijn? Schrijver zal het kwalijk kunnen volhouden. Wil hij dan beweren, dat door dit geschil de voorwaardelijke verbintenis haar objectief onzeker karakter aflegt? Wij gelooven het evenmin. Doch wat blijkt dan? Dat de objectieve onzekerheid met de onmogelijkheid van dading niets uitstaande heeft.

Maar bovendien, waar heeft Schrijver het weg, dat het verschillend oordeelen van partijen over hun recht een noodzakelijk gevolg is van de onzekerheid, waarin zij omtrent dat recht verkeeren? Zeker niet van zich zelven, want op bladz. 39 trekt hij te velde tegen Marbeau, Duranton, Troplong en Laurent, die, behalve een geschil, voor dading ook nog het element der twijfelachtigheid noodig oordeelen. Die bijvoeging komt den heer Zaaijer ongerechtvaardigd voor. Ons ook. Maar, waar blijft dan de subjectieve onzekerheid?

En eindelijk. Schrijver stelt objectieve en subjectieve onzekerheid voor, als elkaar uitsluitende begrippen. Dit was een noodzakelijk gevolg van zijn uitgangspunt; maar daarom is het niet minder onjuist. Wat objectief onzeker is, is het ook subjectief; wat onzeker is voor iedereen, is het ook voor u en mij. Het tegendeel is niet denkbaar, en wanneer de heer Zaaijer het anders meent, schijnt hij van begripsverwarring niet geheel vrij te pleiten.

De tweede Afdeeling is gewijd aan de werking der dading, in verband met haar inhoud en vorm. Wat den inhoud betreft, bestrijdt Schrijver de oppervlakkige beschouwing, nog onlangs door de rechtbank te Amsterdam gehuldigd, als kon van da-

ding alleen daar sprake zijn, waar de wederkeerige opofferingen met het voorwerp der betwiste vordering verband houden. Hierbij wordt over het hoofd gezien, dat eene dading nog twee andere gedaanten kan aannemen. „Stel: de eischer doet afstand van zijne beweerde en betwiste schuldvordering, terwijl de tegenpartij zich verbindt tot eene verplichting geheel vreemd aan het object der schuldvordering...... of wel: de gedaagde verbindt zich om aan den inhoud der beweerde schuldvordering te voldoen, terwijl zijnerzijds de eischer iets zal praesteeren, dat in geen verband staat met de betwiste bewering“ (bladz. 48). Wij gelooven niet, dat Schrijver hier op tegenspraak zal stuiten. Jammer alleen, dat hij zich gedrongen heeft gevoeld, deze verschillende mogelijkheden terminologisch te onderscheiden, en de rechtswetenschap met de woorden *afstands-* en *voldoeningsdading* te verrijken. Daargelaten nu nog, dat eene contradictio in adjecto in deze woorden ligt opgesloten. Immers terwijl dading zonder wederkeerige opoffering niet denkbaar is, wordt hier de nadruk uitsluitend op één der praestaties gelegd, wat — Schrijver moest er zelf bij de vergelijking van dading met schuldvernieuwing en kwijtschelding aan herinneren (bladz. 96 en 97) — niet zonder gevaar is. Maar — en dit achten wij van meer belang — wie juridische vraagstukken dogmatisch behandelt, behoort, wat Lotze[1]) noemde, „zusammengerathenes auseinander zu reissen“, „zusammengehöriges zu verbinden“. Zoo begreep het ook Bekker in zijn Pandecten-systeem, en wel verre van de drie species van dading door verschillende benamingen van elkaar te scheiden, trachtte hij hunne gemeenschappelijke kenmerken op te sporen, en vond die in eene bij alle terugkeerende „Anerkennung“[2]). Of deze leer juist is, willen wij hier niet beslissen. Evenmin, of de heer Zaaijer, zoo hij ze had kunnen kennen, nog zoude volharden eenerzijds bij zijne instemming met Bähr (bladz. 68), die bij dading van geene Anerkennung weten wil, en anderzijds bij zijne oppositie tegen Opzoomer, die in dading steeds eene wederkeerige overeenkomst ziet. Ons is het hier alleen om de methode te doen, en van dit standpunt geven wij aan Bekker's behandeling boven die van Schrijver de voorkeur.

Na de bespreking van den inhoud der dading volgt „een en ander“ over hare werking. Dit „een en ander“ is meer bescheiden

---

[1]) *Logik*, bl. 3.

[2]) *System des heutigen Pandektenrechts*, II (1889), bl. 262, nt. i.

dan waar. De wijze, waarop naar hedendaagsch zoowel als naar Romeinsch recht aan de gesloten dading hare handhaving wordt verzekerd; de invloed dezer overeenkomst op de betwiste rechtsverhouding; hare werking bij deelbare en hoofdelijke verbintenissen; al deze punten worden achtereenvolgens behandeld met eene grondigheid en helderheid, boven onzen lof verheven. Vervolgens komt de vraag ter sprake, of het schrift door onze wet bij dading probationis dan wel solemnitatis causa wordt gevorderd. Na op historische gronden in laatstgemelden zin te hebben beslist, viel het Schrijver niet moeilijk, partij te kiezen in de bekende controverse, of eene dading in zaken van koophandel door getuigen mag bewezen worden. De uiteenzetting is dan ook kort en bondig: schrift is voor dading een essentiale; art. 1 al. 2 K. behandelt enkel de bewijsmiddelen van en niet de vereischten tot rechtshandelingen en raakt derhalve de dading niet (bladz. 81).

De voor ons beschikbare ruimte laat niet toe, over al de behandelde punten met Schrijver in eene, ook maar beknopte gedachtenwisseling te treden. Er zijn er anders vele, die er toe uitlokken. Misschien wel te vele. De heer Zaaijer heeft, waar zij bestond, de gelegenheid niet laten voorbijgaan om tal van moeilijke kwestiën bij de horens te pakken. En dit zelfs dan, wanneer het volgens eigen erkenning geheel overbodig was. Zoo bijv. op bladz. 69 bij de bespreking van den invloed der dading op hoofdelijke verbintenissen, waar hij zich de moeilijke vraag ter beantwoording stelt (bladz. 71), of onze hoofdelijkheid als solidariteit, dan wel als correaliteit moet worden beschouwd, om (bladz. 72) de verzekering te laten volgen, dat voor zijn doel in deze kwestie geen partij behoeft te worden gekozen. Maar waarom ze dan opgeworpen? Voor de controverse zelf hebben dergelijke incidenteele behandelingen slechts twijfelachtige waarde, en den Schrijver berokkenen zij het onmiskenbare nadeel, dat zij, minstens genomen, de aandacht van de hoofdzaak afleiden.

„Geen beter middel, om een rechtsinstituut te leeren kennen, dan het zoeken naar gelijkenissen met, en verschilpunten van verwante rechtsinstellingen“, dus de Schrijver bij den aanhef der derde Afdeeling. „Non cuivis contingit adire Corinthum“ had hij er bij mogen voegen, met het oog op de veelvuldige grensverwarringen, welke hij verplicht was in het reine te brengen. Wij gelooven, dat hem dit gelukt is, en dat hij het gebied der dading tegenover dat van het compromis, den beslissenden eed en het gewijsde, scherper heeft omlijnd, dan de door hem bestreden

schrijvers. Des te gemakkelijker kon hij der dading hare plaats in het systeem aanwijzen. Met Unterholtzner brengt Schrijver ze in het algemeene deel, en het was hem zeker eene voldoening te vernemen, dat in het jongste Pandecten-systeem — dat van Bekker — op nagenoeg dezelfde gronden tot dezelfde plaatsing besloten is [1]).

Na eene uitvoerige behandeling — in de vierde Afdeeling — van de subjecten en objecten der dading, bespreekt Schrijver ten slotte hare ongeldigheid. Wij kunnen deze laatste afdeeling niet als de best geslaagde beschouwen. Niet zoo zeer om des Schrijvers min of meer oppervlakkige opmerking (bladz. 167) over het jus poenitendi bij de contractus reales innominati, waarbij hij enkel zeilt op het kompas van Goudsmit, klaarblijkelijk zonder kennis te hebben genomen van de belangrijke geschriften van Wendt en anderen over dit onderwerp. Evenmin omdat de Afdeeling arm is aan belangrijke beschouwingen. Integendeel, 's Schrijvers opmerkingen over den *error juris* van art. 1895 B. W. (bladz. 133 vlgg. en 138), benevens zijne behandeling van de vraag, of dading wegens wanpraestatie kan worden ontbonden (bladz. 166 vlgg.), zijn o. i. karakteristiek voor de grondigheid, nauwgezetheid en scherpzinnigheid, waarmede het geheele proefschrift bewerkt is. Ons bezwaar echter geldt Schrijver's uiteenzettingen omtrent de dwaling, waaraan, naar onze meening, een vitium originis kleeft, dat de waarde van het resultaat zeer problematisch doet schijnen.

Schrijver heeft gemeend, zich bij deze materie tot de dading te kunnen bepalen, zonder zich te verdiepen in een onderzoek naar den invloed der dwaling bij overeenkomsten in het algemeen. Hij ziet echter over het hoofd, dat het leerstuk der dwaling zijn ingewikkeld karakter vooral te danken heeft aan hen, die er zich steeds toe bepaalden, het casuïstisch en incidenteel te behandelen. Een voortborduren op dit thema, tot welke scherpzinnige opmerkingen het iemand als den heer Zaaijer ook aanleiding moge geven, is reeds bij voorbaat met onvruchtbaarheid geslagen. Slechts eene enkele opmerking tot staving van dit oordeel.

De Heer Zaaijer bestrijdt vóór alles (bladz. 128) het gevoelen van hen, die in art. 1896 B. W. eene toepassing en dus eene herhaling zien van art. 1358. Hij rekent zich hiertoe verplicht, omdat bij de bestreden opvatting art. 1896 overtollig wordt, en

---

[1]) T. a. p., bl. 240 nt. c., juncto bl. 261 nt. c.

tot de overtolligheid van een artikel alleen dan mag besloten worden, wanneer het bewijs er van geleverd is. Wij zouden niet met hem in dezelfde school gevormd zijn, zoo wij deze stelling in het algemeen wilden betwisten; maar bedenkt Schrijver wel, dat hij zich hier bevindt op een terrein, waar onze wetgever waarlijk niet de eenige en de eerste is, die zich de weelde van overtolligheden veroorlooft? En heeft hij wel eens in bijzonderheden nagegaan, hoe de samenstellers van den Code bij hunne behandeling der dwaling nu eens Pothier, dan weder Domat geraadpleegd hebben. Wij betwijfelen het, omdat het ons anders een raadsel zoude zijn, hoe iemand als Schrijver nog op de scheiding van beide artikelen kan aandringen.

Doch, wat hiervan zij — de heer Zaaijer dan wil in het eene artikel geene herhaling zien van het andere. Welk is dan het verband? Men zoude, onderstelt Schrijver (bladz. 131), zich de zaak zoo kunnen voorstellen, dat bij dading iedere verkeerde voorstelling omtrent het onderwerp van het geschil voldoende was tot vernietiging, en bij overeenkomsten in 't algemeen alleen die aangaande de zelfstandigheid. Hiervan wil Schrijver niets hooren. Immers, wat zoude het gevolg zijn? Dat iedere dading op losse schroeven kwam te staan. Wij spreken het niet tegen; maar meent Schrijver dan, dat het bij art. 1358 eenigszins anders is? Wel weet daar de jurisprudentie de klip te omzeilen door eene omschrijving van het woord *zelfstandigheid*, die er niet bij past — door eene fictie dus —; doch dit bewijst alleen, dat in handen van een goed rechter eene slechte wet nog zoo gevaarlijk niet is; geenszins dat de wet goed is. Noch op gronden dus der rechtszekerheid, noch op die van eene gezonde opvatting omtrent den invloed der dwaling behoefde Schrijver zich tegen de hier besproken verhouding der beide artikelen te verzetten: de eischen van beide worden door art. 1358 evenmin bevredigd als door art. 1896.

Evenwel, nu Schrijver — hetzij dan terecht of ten onrechte — van de gelijkstelling der beide artikelen niet weten wil, en het zoo juist besproken verband verwerpt, moest hij wel naar eene andere verklaring omzien. Hij houdt — en hier doet weer het spelen onzer wet met de woorden *nietigheid* en *vernietiging* den gebruikelijken dienst — hij houdt (bladz. 131) art. 1896 voor eene minder correcte omschrijving van art. 3153 Ontw. 1820: „Dwaling in den persoon of in het onderwerp van het geschil maakt de transactie *nietig*". Het zij zoo. Mits nu Schrijver ook kieze of deele. Laat hij hier dwaling in den persoon of het onderwerp

de overeenkomst nietig maken, dan vervalt zijne bewering van bladz. 127, waar de dwaling in den persoon en in de zelfstandigheid tot de eigenlijke gerekend wordt. Handhaaft hij omgekeerd zijne bewering van bladz. 127, dan dient hij hier zijn voorstel in te trekken. Of meent de heer Zaaijer, dat de psychologie zich naar ons Wetboek kan richten, zoodat wie dwaalt naar art. 1358 *wel*, en wie dwaalt naar art. 1896 *niet* gewild heeft?

Maar dit is niet ons eenige bezwaar; het is niet eens het grootste. Wij hebben vooral bedenking tegen de omstandigheid, dat 's Schrijvers voorslag eene conclusie is op eene praemisse, die tot eene geheel andere conclusie leiden moest. De heer Zaaijer toch bestrijdt (bladz. 129) Diephuis' interpretatie van art. 1896 en stelt op heldere en afdoende wijze in het licht, dat in de tot toelichting dier interpretatie gekozen voorbeelden geen sprake kan zijn van vernietigbaarheid wegens dwaling, maar van nietigheid wegens gemis aan voorwerp. „Het bepaalde geschil, dat beslecht moest worden, is niet beslecht, en er is eene regeling getroffen, waar niet te regelen viel.“ Wij begrijpen niet, hoe iemand met voeg tegen dit betoog iets in kan brengen. Maar wat volgt dan hieruit? Dat voor de juridieke beoordeeling dezer gevallen de dwaling geen gewicht hoegenaamd in de schaal werpt: hare eenige beteekenis is hier, dat zij verklaarbaar maakt, hoe twee menschen zoo dwaas kunnen zijn, eene overeenkomst te sluiten, die geheel nutteloos en doelloos is. In dat nuttelooze en doellooze echter ligt de ratio decidendi, en niet in de dwaling. Wie, gelijk de heer Zaaijer, naar de dwaling het zwaartepunt verlegt, moet tevens meenen, dat men, door desbewust te regelen, waar niet te regelen valt, eene geldige handeling verricht; wat absurd is niet alleen, maar ook in lijnrechten strijd met art. 1356 j° art. 1369 B. W.[1]).

[1]) Toch wordt door de practijk in dergelijke gevallen gewoonlijk vernietigbaarheid wegens dwaling aangenomen, in stede van nietigheid wegens gemis aan voorwerp. Zoo de H. R. in het geval, dat eene grondrente werd afgekocht, terwijl geen grondrente, maar erfpacht bestond (*W.* n°. 5158); zoo het voormalig Hof te Groningen bij den verkoop van een veer, dat reeds vervallen was (*N. R. B.*, XIV, bl. 455); zoo de rechtbank van de Seine (Sirey, *Rec.*, 1865, II, 33) en het Duitsche Reichsgericht (*Entsch.*, VI, 290) bij den verkoop van een lot, dat reeds uitgeloot was. Ook Ulpianus slaat hier den bal mis. „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint,

Op grond van een en ander — en zoo de ruimte het toeliet, ware er nog wel iets bij te voegen — veroorloven wij ons te betwijfelen, of het Schrijver gelukt is, in dezen „doolhof“ „den gulden draad“ aan te brengen, „die tot redding voert“ (bladz. 125). Wij hebben gemeend ons hier dien twijfel niet te mogen ontveinzen. Eerstens om den Schrijver, wien wij gaarne de overtuiging wilden geven, dat door ons aan zijne studie al de aandacht is gewijd, waarop zij recht heeft. Meer echter om de zaak zelve. De veronderstelling schijnt niet gewaagd, dat des heeren Zaaijer's monografie geraadpleegd zal worden door allen, die zich voortaan met dading hebben bezig te houden. Juist daarom kon het, meenden wij, zijn nut hebben, voor misvattingen te waarschuwen, die bij dergelijk gezag dubbel gevaarlijk zouden zijn.

Leiden, Februari 1890.

J. F. HOUWING.

Brandverzekering ten behoeve van den hypothekairen schuldeischer, door H. P. van Heijst. — Acad. Proefschrift, Utrecht, 1890. — 77 bl.

Het is een bij uitnemendheid practisch vraagstuk, dat de Schrijver koos tot onderwerp zijner dissertatie, op 12 Mei 1890 te Utrecht verdedigd. „Ieder hypothekair schuldeischer is blootgesteld aan het gevaar, dat de voor zijne schuldvordering verbonden gebouwen door brand worden vernietigd, en dat daarmede de door hem bedongen zekerheid voor de richtige terugbetaling van hoofdsom en rente grootendeels verdwijnt“ (bl. 1). Ziedaar het uitgangspunt. Hoe kan de hypothekaire schuldeischer zich tegen dat gevaar waarborgen? Dat is het probleem.

In het Eerste Hoofdstuk houdt Schr. zich bezig met het beding van art. 297 W. v. K., dat bijna eene vaste clausule is geworden in onze hypotheekakten. Hij bespreekt den rechtskundigen aard

---

non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, *quia nemo errans rem suam amittit*“ (l. 35 Dig. 41, 1). Juister, naar wij meenen: Richelmann, *Der Einflusz des Irrthums auf Verträge* (1837), bl. 73 vlg.; Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft* (1879), bl. 535 vlg.; Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen* (1882), II, bl. 475 vlg.; Werthauer, *Ueber den Einflusz des Irrthums auf Verträge* (1887), bl. 61.

ervan en werpt een blik op eenige bijzondere quaestiën, die zich bij de toepassing hebben voorgedaan. Doch vooral staat hij stil bij de vraag, of de hypothekaire crediteur door dit beding voldoende is beveiligd. Het antwoord luidt beslist ontkennend. In tal van gevallen blijft de schuldeischer, ondanks het gemaakt beding, van hulp verstoken. In zooverre is Schr. het eens met de *Staatscommissie voor de herziening der wetgeving op de eigendomsoverdragt enz.*, die op bl. 180 van haar *Verslag* ('s Hage, 1870) schreef: „de praktijk heeft het ontoereikende der bepalingen van de artikelen 297 en 298 van het Wetboek van Koophandel voldingend aangetoond". Doch de voorstellen tot wetswijziging, door de Commissie aanbevolen, kunnen hem niet voldoen. Evenmin acht hij de regelingen bevredigend, die in verschillende buitenlandsche wetgevingen voorkomen.

Den hypothekairen schuldeischer, die zich veilig waant met zijn beding van art. 297 W. v. K., moet de schrik om het hart slaan, als hij van het Eerste Hoofdstuk kennis neemt. Is er dan voor hem geene uitkomst? Het Tweede Hoofdstuk brengt het geneesmiddel. „Den afdoenden waarborg, dien wij, hoe wij het ook wendden, tevergeefs in eene aansluiting aan de verzekering van den eigenaar zochten, dien verkrijgt de hypotheekhouder, wanneer hij zelfstandig en geheel onafhankelijk van zijn schuldenaar zijne hypothekaire schuldvordering, het belang, dat hij als hypotheekhouder bij het behoud van zijn onderpand heeft, verzekert" (bl. 34). De juridieke bezwaren, door sommigen tegen dergelijke verzekering aangevoerd, worden zegevierend weerlegd. Doch tevens wordt helder in het licht gesteld, dat deze wijze van assurantie aanleiding kan geven tot allerlei verwikkelingen, zoodat eene zeer zorgvuldige regeling der wederzijdsche rechten en verplichtingen in de polis noodzakelijk is. Wordt echter alles nauwkeurig bepaald, dan acht Schr. deze zelfstandige verzekering voor den hypothekairen schuldeischer de meest gewenschte vorm; hij meent dat de geringe premie [1]) der subsidiaire hypotheekverzekering in den regel geen overwegend bezwaar zal opleveren. Eindelijk worden drie clausules voor zoodanige assurantie, die te Amsterdam en Rotterdam in gebruik zijn, alsmede een polis, onlangs door de Vennootschap *Beperkt Risico* te Groningen ingevoerd, critisch onderzocht en aan de gestelde eischen getoetst. De laatstgenoemde

---

[1]) Zou die premie inderdaad $^{3}/_{20}$ % bedragen, gelijk op bl. 58 is vermeld? Of moet hier aan eene schrijffout gedacht worden?

polis is, met de daarbij behoorende Voorwaarden, als Bijlage tot de Dissertatie afgedrukt.

Een en ander verdient zeer de aandacht, niet alleen van de mannen van het assurantievak, maar niet minder van allen die met hypotheken te doen hebben, vooral ook van de geldschieters. Den Schrijver komt een woord van lof toe voor zijne studie, waardoor het vraagstuk inderdaad een stap verder is gebracht tot zijne oplossing.

Op één punt zouden wij wel een nader onderzoek hebben gewenscht. Het is de vraag, of niet de wetgever het beding van art. 297 W. v. K. behoorde te verheffen tot een wettelijk rechtsgevolg van de hypotheek, en of hij dan niet tevens daaraan eene meer uitgebreide werking zou kunnen verzekeren. Mij schijnt het volkomen rationeel [1]), dat den hypotheekhouder een voorrang op de assurantiepenningen worde toegekend, ook in geval het huis intusschen op een anderen eigenaar is overgegaan. Het Ontw. B. W. v. h. Duitsche Rijk bevat bepalingen in dien geest (§ 1067 n°. 5, § 1070). Verscheidene der thans bestaande bezwaren zouden door zulk eene regeling vervallen. Met den Schr. erken ik, dat verzekering van zijn hypothekair belang den crediteur altijd nog meer zekerheid zal verschaffen. Doch dat is geen reden, waarom de wetgever niet zou doen wat billijk is en wat in zijn vermogen ligt ten behoeve van hen die deze assurantie niet hebben gesloten, hetzij omdat ze niet er aan hebben gedacht, of dat zij tegen de kosten opzagen — bij den steeds dalenden rentestand zeer verklaarbaar! —, of omdat zij het beter achtten voor het overblijvend risico hun eigen verzekeraar te zijn (zie bl. 59). Mij dunkt, dit deel der quaestie had nadere overweging verdiend, dan daaraan in het Proefschrift te beurt valt. Wellicht kan de Schr. besluiten, het nog eens ter hand te nemen. Hij zou daardoor opnieuw aanspraak verwerven op den dank van wetenschap en practijk.

D.

---

[1]) Evenzoo denken, om slechts enkele Schrijvers te noemen: Stobbe, *Handbuch*, II, § 112 n°. 6; Scherer, *Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme?*, in *Jahrb. f. d. Dogm.*, XX, bl. 89; Laurent, XXXI, n°. 409.

W. BEZEMER, Bijdrage tot de kennis van het oude cijns- en grondrenterecht in Brabant. — 's Hertogenbosch, 1889.

De leer der tinsen en renten heeft geluk. Terwijl in 1884 de heer A. Roeloffs ons eene *Bijdrage tot de geschiedenis der grondrenten op de Veluwe* schonk, ontvangen wij thans van den heer W. Bezemer eene studie over hetzelfde onderwerp in eene andere provincie van ons vaderland. Op zich zelf reeds een heugelijk feit, maar te verblijdender, omdat de tweede bijdrage m. i. verre boven de eerste staat. Leverde de heer R. ons een overzicht van de uitspraken van gedrukte oorkonden en oude juristen over het door hem behandelde onderwerp, de heer B. stelde zich niet daarmede tevreden. In twee opzichten deed hij meer: vooreerst stelde hij zelf in den onlangs uit de vergetelheid te voorschijn geroepen en binnen het Noord-Brabantsche rijksarchief in veiligheid gebrachten, zeldzaam rijken schat van rechterlijke archiefstukken een omvangrijk onderzoek in, en bovendien vergenoegde hij zich niet met de mededeeling der stukken, doch bewerkte en verwerkte hij ze met talent.

Het plan van deze dissertatie is reeds dadelijk zeer gelukkig. Zij is verdeeld in een algemeen en een bijzonder deel. Het eerste schetst de geschiedenis en de leer der cijnsen en grondrenten, zooals die uit de beste Duitsche auteurs gekend kunnen worden; het tweede doet ons kennis maken met de vormen, die dit instituut op Brabantschen bodem vertoont. Elk der beide hoofddeelen vervalt weder in twee onderdeelen. In het algemeene deel vinden wij eerst de korte uiteenzetting in groote omtrekken van de verschillende wijzen, waarop de grond langzamerhand door de groote grondeigenaars aan anderen werd uitgegeven, en van de verschillende vormen van heele en halve onvrijheid, die daarvan het gevolg waren. Dit gedeelte schijnt mij het zwakste van het geheele boekje. Het behandelt te veel in enkele bladzijden en dit is te meer te betreuren, omdat die veelheid hier misplaatst schijnt. Zij is niet in overeenstemming met den inhoud van het tweede hoofddeel, die logisch aan het begin zou gepostuleerd hebben eene min of meer uitvoerige uiteenzetting van de instelling van het hofrecht.

Het tweede onderdeel geeft ons een overzicht van de instelling van het huisleen, dat voor de lezers van Arnold's *Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten* geene verrassingen bevat, maar den lof verdient, dat het een helder en goed

overzicht geeft van het vrij ingewikkelde boek, opgeluisterd met nieuwe voorbeelden, aan Nederlandsche oorkondenboeken ontleend.

Levert de eerste afdeeling een goed „proefschrift", de tweede wil meer zijn en heeft dan ook inderdaad wetenschappelijk belang. Eerst ontmoeten wij daar eene uiteenzetting van het „heerlijke cijnsrecht" op Noord-Brabantschen bodem. Een rijke schat van voorbeelden, gedeeltelijk aan ongedrukte bronnen ontleend, geeft eene blijvende waarde aan de heldere en grondige studie, die ook op zich zelf veel nieuws schijnt te leveren.

De twee volgende onder-afdeelingen behandelen de cijnsen en renten, en correspondeeren met de in het eerste hoofddeel gedane mededeelingen over het huisleen. De voorbeelden uit ongedrukte bronnen nemen hier sterk toe. Het materiaal is overvloediger en geeft aanleiding tot uitvoeriger bespreking van de vele zich daarbij opdoende rechtsvragen, die beantwoord worden na kennisneming van, doch volstrekt niet altijd in overeenstemming met de gevoelens der oude juristen. Tal van bijlagen uit ongedrukte bronnen besluiten het boek.

Schijnt het hoofdplan van het boek mij voortreffelijk, de uitwerking daarvan laat hier en daar te wenschen over. De hoofdfout is wellicht, dat de beide hoofddeelen van het boek niet voldoende met elkander in verband zijn gebracht. Het maakt den indruk, alsof de auteur de tweede afdeeling het eerst geschreven heeft en naderhand pour acquit de conscience de tweede er aan heeft toegevoegd. Of van waar anders die uitvoerige behandeling van de instellingen, die in de tweede afdeeling nieuwe ontdekkingen schijnen te zijn, geenszins locale variatiën op de eerst geschetste hoofdthema's? van waar die onsystematische behandeling, die beweert alleen te spreken over „ontstaan en betaling" en „te niet gaan" van cijnsen en renten, terwijl de kenmerken van het instituut zelf, de rechten en plichten van partijen incidenteel bij het „ontstaan" behandeld of (zooals het naastingsrecht achteraan op p. 147) in het voorbijgaan besproken worden? van waar dat plotseling terugvallen op p. 140 en 144 van de 2e afdeeling naar de reeds afgehandelde heerlijke cijnsen? De schets der behandelde instellingen, die (althans voor het huisleen) voorafgaat, uit voortreffelijke bronnen geput, had den schrijver in de gelegenheid kunnen stellen, de daarbij gevolgde methode ook op de behandeling der Noord-Brabantsche variëteit toe te passen, en die variëteit duidelijk te schetsen door goed te doen uitkomen, waarin zij wèl, waarin niet met den hoofdvorm overeenkomt. De gang der uiteenzetting ware ook

verduidelijkt, indien details (zooals b. v. de zeer juiste terechtwijzing aan Hermans op p. 99) dan naar de noten waren verwezen.

Het spreekt van zelf, dat de lezer hier en daar een vraagteeken plaatst. Beweringen als die op p. 83, dat *de* steden uit villae met cijnsplichtige bewoners zijn ontstaan, zal in hare algemeenheid wel niemand willen onderschrijven, te minder wanneer als bewijs dezer stelling worden aangevoerd voorbeelden, waarbij grootendeels juist het eigenlijke kenmerk eener stad, eene zelfstandige rechtsbedeeling en finantiewezen (m. a. w. immuniteit), schijnt te ontbreken. — Bij de behandeling van den gewincijns rijst de vraag, of in vele der daar aangehaalde voorbeelden de beweerde nieuwe cijns niet is de oude, over de verschillende erven verdeelde cijns.

Doch ik eindig. Het komt mij voor, dat de schrijver den juisten weg gevonden heeft, waarop een promovendus de moeite, die hij aan de bearbeiding van zijne dissertatie besteden moet, vruchtbaar kan maken ook in wijderen kring en voor langeren tijd. Het boekje levert niet alleen overvloedig de bewijzen, dat de schrijver zijn doctoralen titel verdiend heeft, maar het zal voor de kennismaking met het daarin behandelde onderwerp steeds geraadpleegd moeten worden. Indien velen onzer jonge juristen en litteratoren konden besluiten op de wijze, zooals de heer Bezemer heeft gedaan, de eene of andere instelling in het archief hunner woonplaats zuiver locaal te bestudeeren, en die studie in verband brachten met hetgeen van elders over het behandelde instituut bekend was, dan zou inderdaad zulk een arbeid (voor goede studenten niet te zwaar) zeer krachtig kunnen bijdragen, om de studie onzer geschiedenis vooruit te brengen en tevens om onze archieven te populariseeren. Hopen wij, dat het voorbeeld van den heer Bezemer dikwijls zal nagevolgd worden.

S. Muller Fz.

J. G. BROUWER NIJHOFF Jr., Inbreng en verrekening van schuld tusschen erfgenamen. — Acad. Prft. — Utrecht, 1890.

Veel belangstelling wekte in het begin van het vorige jaar Prof. Hamaker's „*Bijdrage tot de leer van den inbreng*", in nº. 994 van het *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie*, waarin hij de stelling verdedigde, dat de medeërfgenamen van een erfgenaam, die aan den erflater geld schuldig was, kunnen vorderen, dat de schuldenaar vóór de boedelscheiding de schuld betaalt of zich de vordering in zijn aandeel laat toescheiden. Reeds in nº. 996 van dat *Weekblad* werd door 3 schrijvers over die stelling het woord gevoerd: door Mr. de Witt Hamer, volgens wien de Hoogleeraar voor zijne bijdrage „stellig groote sympathie (zou) verwekken bij heeren notarissen"; door Mr. Theod. Borret, die „met de meeste belangstelling kennis had genomen van het even klemmend als helder betoog"; en door den welbekenden schrijver F., die de behandelde vraag „voor de notariëele boedelpraktijk van groot gewicht" noemde.

Het debat over de kwestie nam groote proportiën aan en won aan belangrijkheid, toen de Hoogleeraar Hamaker in nº. 1003 van het *Weekblad*, in een opstel, dat niet minder dan ruim 25 kolommen druks besloeg, de resultaten mededeelde van het „van voren af op nieuw" door hem ingestelde onderzoek, waartoe hij zich zoowel door de ondervonden bestrijding als door den verleenden bijstand genoodzaakt had gezien, en eene transactie voorstelde, die de voorstanders zijner „voortreffelijke leer", zooals Borret ze noemde, teleurstelde en de tegenstanders niet kon bekoren.

Het was te verwachten, dat over een vraagstuk, hetwelk zulke bekwame juristen naar de pen deed grijpen ter verdediging van zeer uiteenloopende gevoelens, ook de academische litteratuur het stilzwijgen niet zou blijven bewaren. En zoo hebben we dan nu van den Heer Brouwer Nijhoff Jr. een belangrijk proefschrift, dat de door Mr. Hamaker weder ter sprake gebrachte vraag uitvoerig en grondig behandelt.

Na in eene inleiding de vraag zelve geformuleerd en hare consequentiën uiteengezet te hebben, geeft hij in Hoofdstuk I een zeer uitvoerig „historisch overzicht", terwijl hij daarnà, in Hoofdstuk II, „langs rationeelen weg" den zin der woorden van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek tracht op te sporen.

De schrijver bespreekt in zijn 1e Hoofdstuk achtereenvolgens het Romeinsche Recht, het Germaansche recht, het oud-Fransche recht, den code civil, het oud-vaderlandsche recht, het Wetboek Napoléon ingericht voor het koninkrijk Holland, het ontwerp van 1820, het Wetboek van 1830 en de Geschiedenis van ons B. W.

Hij haalt de zaak diep genoeg op, dieper dan b. v. de heer Schutter, die in zijn acad. proefschrift over 't zelfde onderwerp (Groningen 1890) het Romeinsche recht onbesproken laat, dieper zelfs dan Prof. Hamaker, die slechts ter loops, in *Weekblad* n°. 1003 pag. 140, onderaan, en pag. 141, van het Rom. recht gewaagt. Volgens B. N. vertoont zich de collatio in het Rom. recht in drie verschillende, doch geleidelijk in elkander vloeiende vormen, te weten: de *collatio bonorum* door geëmancipeerde kinderen, de *collatio dotis* door de met eene dos begiftigde dochter en de *collatio* door alle descendenten met betrekking tot hetgeen door hen van den erflater verkregen is.

Na de beide eerste vormen van inbreng besproken en toegelicht te hebben, gaat de schr. de ontwikkeling na van de dotis collatio aan den eenen, en die van de collatio der emancipati aan den anderen kant, om in 't licht te stellen „hoe uit de „eerste eene collatie van giften met een bepaald doel, gelijk we die „ook in het B. W. art. 1142 aantreffen, en uit de laatste eene „collatie van schenkingen, zij 't dan ook beperkt, d. i. onze in„breng van art. 1132, is voortgekomen“.

De schr. erkent, dat de eerste bepalingen van het R.R. voor het hedendaagsche recht van geen belang zijn; doch meent, dat 't anders is, „wanneer het denkbeeld van de collatie van het „peculium profectitium op den voorgrond treedt; we zien dat „het eerst in het rescript van Gordianus, waarin was bepaald „dat de dos profectitia moet worden ingebracht ook ten voordeele „van hen, die niet in de potestas van den overledene gebleven „zijn“. „Met recht,“ zegt de schr. pag. 11, „heeft men in deze „bepaling den oorsprong gezien van het beginsel der moderne „collatie: d. i. dat wat uit het vermogen van een adscendent bij „diens leven in dat van een descendent is overgegaan door „dezen als erfgenaam van genen ten behoeve van alle erfge„namen-descendenten in den boedel moet worden ingebracht „of met zijn aandeel moet worden verrekend.“ Ik breng hulde aan den wetenschappelijken zin van den schrijver, die hem tot de grijze oudheid deed teruggaan bij zijn onderzoek, doch ik acht de latere bepalingen van het Romeinsche recht toch voor de uitlegging van ons hedendaagsch Wetboek van niet meer

belang dan de eersten, vooral omdat tusschen het Romeinsche recht en het hedendaagsche een lange periode ligt, waarin omtrent de vraag, die het onderwerp is van den strijd, groote onzekerheid bestaat.

Anders de schrijver. Na het Romeinsche recht bespreekt hij het Germaansche recht, vestigt onze aandacht op den eigenaardigen Germaanschen toestand van de *Were*, op de z.g. „uitboedeling" van een kind, en vergelijkt daarna het Romeinsche met het Germaansche recht, welke vergelijking hem tot de stelling voert, dat, „wil „men voor ons recht het begrip inbreng bepalen, er veel van afhangt „op welken bodem de instelling gegrond is" (pag. 24). Ik kan de juistheid dezer stelling niet toegeven, omdat naar mijne meening het begrip inbreng *voor ons recht*, d. i. de beteekenis van dat woord *in ons B. W.*, niet onzeker is, doch door de positieve bepalingen van dit Wetboek boven twijfel wordt verheven. Over de beteekenis van dat begrip, van dat woord loopt dan ook niet de strijd. Dat volgens ons B. W. „inbreng" alleen is de verrekening wegens *schenking*, is zelfs waar volgens Prof. Hamaker, die na zijn hernieuwd onderzoek op pag. 143 in fine van *Weekblad* n°. 1003 zelf schrijft: „Verder gaat nog de Nederlandsche „Wetgever. Onder zijne handen neemt de inbreng van schenking „in belangrijkheid nog toe en weet hij zelfs zich tot den eenigen „rechtmatigen inbreng te doen proclameeren. De voldoening en „verrekening van schuld tusschen de erfgenamen vóór de schei- „ding blijft wel bestaan, maar houdt op inbreng te heeten en „wordt in sommige opzichten aan andere regelen onderworpen." De strijd loopt dus niet over het begrip „inbreng" volgens ons recht, maar over de vraag of, wat niet valt onder hetgeen ons B. W. „inbreng" noemt, wat m. a. w. niet is onderworpen aan inbreng volgens de terminologie van dat Wetboek, behandeld moet worden op gelijke wijze als voor giften is vastgesteld. De last van 't bewijs moet m. i. rusten op hen die bevestigend antwoorden. Immers, de bepalingen omtrent den inbreng zijn geenszins van dien aard, dat hetgeen zij vaststellen ook gelden zou als zij in de wet werden gemist. Hetgeen zij vaststellen, geldt alléén krachtens die uitdrukkelijke bepalingen der wet. Voor analogische toepassing in andere gevallen schijnen zij mij niet vatbaar. Hier is dan geen sprake van een „textueele wetsexplicatie", die afkeuring verdient. Al geef ik den Schrijver toe, dat „waar de „wet zelve vrijheid laat, (men) veeleer letten (moet) op de histo- „rische wording en eene rationeele uitlegging verkiezen dan „zich vastklampen aan eene veelal onnauwkeurige en onjuiste

„terminologie“ (pag. 73), ik acht de terminologie van ons Wetboek, waar het van inbreng spreekt, noch onnauwkeurig noch onjuist, en de wet laat geen vrijheid het begrip inbreng op te vatten in een ruimeren zin dan een textueele wetsexplicatie medebrengt.

Het betoog van den Heer B. N. is echter daarom van gewicht omdat het de bewijskracht vermindert, naar 't mij wil voorkomen, van Prof. Hamaker's bewering (pag. 141, 1e kolom bovenaan in n°. 1003 *W. N. R.*) dat in het Romeinsche recht op kinderen en verdere afstammelingen de verplichting tot inbreng rustte van alle voordeelen door het kind genoten ten koste van den vaderlijken boedel, met uitzondering van schenkingen, tenzij de erflater den inbreng had bevolen. Zoo algemeen was die uitzondering, naar 't schijnt, niet. Ik lees toch bij B. N., dat wat speciaal als *geschenk*, uit *liberaliteit* werd gegeven, door den geëmancipeerde bij den dood des vaders moest worden ingebracht (pag. 14), terwijl indien de suus eene liberaliteit had ontvangen, inbreng slechts verplichtend was als de erflater 't uitdrukkelijk had bepaald, totdat Justinianus die verplichting ook dan oplegde, wanneer de met eene simplex donatio begiftigde erfde met een persoon, die een donatio ante nuptias of dos moest inbrengen.

„Ten tijde van Justinianus“, zoo lees ik verder op pag. 18, „hebben we aan den eenen kant de collatie der dos, donatio „propter nuptias en militia, en aan den anderen kant de collatie „van schenkingen door geëmancipeerden, (terwijl de in potestas „geblevenen deze behielden jure praecipui), en de voorwaardelijke „collatie in bizondere gevallen.“

Ook het oud-Fransche recht behandelt de schr. uitvoerig. Gold in de zuidelijke provinciën van Frankrijk (pays de droit écrit) het Romeinsche recht in zijne latere ontwikkeling, in de noordelijke (pays de droit coutumier) gold eene groote verscheidenheid van coutumes, die wat den inbreng betreft, van elkaâr afweken. De schr. bepaalt zich in navolging van Pothier tot de beginselen van de coutume de Paris, „qui sont le droit le plus général du pays coutumier“. Volgens deze coutume waren alleen *begiftigde erfgenamen* in de nederdalende lijn tot inbreng gehouden. Deze regeling van de coutume vergelijkende met art. 829 C.c., waar gesproken wordt van den inbreng (rapport) „des sommes dont il (de medeërfgenaam) est debiteur“, gaat de schr. den oorsprong na van den inbreng der door erfgenamen verschuldigde sommen en den grond daarvan.

De door de rechtsgeleerde faculteit te Parijs in 1887 met goud bekroonde verhandeling van A. Deschamps, *du rapport des dettes*, en 2 monographieën van Prof. Labbé en Edmond Meynial zijn de voorname, doch niet de eenige bronnen waaruit de schrijver heeft geput. Het blijkt dat de geldleening door een vader aan zijn zoon als schenking werd beschouwd, vermoed werd een schenking te zijn en daarom aan inbreng werd onderworpen. Daaromtrent heerschte wel niet dadelijk unanimiteit in de jurisprudentie, noch in de wetenschap en werd de geldleening niet steeds als bevoordeeling erkend, doch „weldra was alle verschil van ge-„voelen op dit punt verdwenen en rekenden alle schrijvers over „het costumiere recht tot de aan inbreng onderworpen zaken „de door een vader aan een zijner kinderen geleende gelden“ (pag. 30). Volgens Deschamps bestonden er *drie* praktische redenen voor deze assimilatie: 1e het rentelooze van alle geldleening; 2e het dwingende karakter van de bepalingen over inbreng en de daaruit voortvloeiende vrees voor ontduiking, en 3e de algemeenheid der conventioneele hypotheek.

Volgens B. N. verklaren deze drie redenen de gelijkstelling wel, maar rechtvaardigen ze haar niet uit een juridisch oogpunt. „De aard eener rechtshandeling“, zegt hij, „wordt bepaald op „het oogenblik, dat zij plaats heeft. Is eene overeenkomst eene „schenking, zoo blijft zij dit; is zij eene verbruikleening, zoo „kan haar karakter niet veranderen.“

De omstandigheid dat de coutume de Paris den inbreng alléén eischte van descendenten, de Code civil daarentegen van „chaque cohéritier“, doet den schr. voorts de vraag onderzoeken of de adscendenten en collateralen, die naar het costumier recht geen schenkingen inbrachten, wel tot inbreng van schulden gehouden waren. 't Blijkt uit des schrijvers aanhalingen, dat daaromtrent tusschen de juristen groot verschil van gevoelen heerschte, en geen gevestigde jurisprudentie bestond. Hij eindigt zijn onderzoek van het oud-Fransche recht „met te constateeren, dat aan het „einde der 18e eeuw in de rechte nederdalende linie inbreng van „giften plaats had en evenzoo van geleende geldsommen, omdat „deze aan giften gelijk werden gesteld; dat in andere liniën *geen* „*inbreng*, noch van schenkingen, noch van schulden bestond, *wel* „zekere verplichte verrekening van schulden tusschen alle erfgenamen“. Ook dit resultaat pleit m. i., evenmin als dat van het onderzoek naar 't Romeinsche recht, voor de meening van Prof. Hamaker als zoude eigenlijk primitief *al* 't uit een boedel genotene (daaronder begrepen het *verschuldigd* gewordene), mits

het *niet geschonken* zij, vervolgens al het genotene *benevens* het geschonkene en eindelijk in ons recht alleen het geschonkene aan inbreng onderworpen zijn verklaard.

Prof. Hamaker erkent wel, dat in het Oud-Fransche Recht de schenking in de allereerste plaats aan inbreng onderworpen verklaard is, doch hij beroept zich toch op de Coutume de Paris, waar hij in de beschrijving der eerste phase van den ontwikkelingsgang van het begrip „inbreng", de inbreng van verschuldigde sommen als van den aanvang af vaststaande aanneemt.

Na de behandeling van het Oud-Fransche recht staat Brouwer Nijhoff stil bij den Code Civil. Ook hier blijkt van grondige studie der werken van de meest gezaghebbende schrijvers, wier meeningen omtrent hetgeen volgens dat wetboek gold, hij in 4 categorieën splitst:

1°. die van Aubry en Rau en prof. Kohler die *alle* schulden, waaruit ook ontstaan, aan inbreng onderworpen achten;

2°. die van Demolombe en Meynial, welke sommige schulden als schenkingen, en andere als schulden krachtens art. 829 C.c. laten inbrengen.

Demolombe ontkent dan alleen de verplichting tot inbreng van onopeischbare schulden, maar neemt in dat geval aan, dat de medeërfgenaam zekerheid kan vragen, zoodat deze opvatting van die van Aubry en Rau weinig verschilt, terwijl Meynial, het onderscheid tusschen opvorderbare en niet opvorderbare schulden verwerpende, aan den schuldenaar eener werkelijke schuld, aangegaan zonder bepaalde bevoordeeling van dezen, een recht op schadeloosstelling toekent als de inbreng hem nadeel veroorzaakt;

3°. de leer van Labbé, volgens wien de inbreng alléén die schulden betreft, welke uit contract zijn ontstaan, en tot voldoening strekt der contrapraestatie;

4°. die van Marcadé, Laurent en Deschamps volgens wie de Code onder „rapport des dettes" slechts eene vereenvoudigde wijze van vereffening van schulden tusschen erfgenamen verstaat, zoodat van inbreng van schulden geen sprake zou zijn en geen der regelen betreffende den eigenlijken inbreng op de betaling eener schuld kan worden toegepast.

De schrijver zelf meent, dat het boven de leer van Laurent en Deschamps de voorkeur verdient de uitdrukking van art. 829 C.c. „des sommes dont l'héritier est debiteur" te lezen alsof er stond „des sommes que l'héritier a reçues" en aan te nemen dat het de bedoeling was nevens giften ook andere bevoordee-

lingen, uit het ouderlijk vermogen genoten, aan inbreng te onderwerpen. Hij grondt die meening daarop, dat de code het woord „rapport“ gebruikt, en inbreng van schulden in het algemeen een juridisch en logisch onding is. „Bestaat er eene schuld van anderen aard ten laste van een erfgenaam, dan zal er (volgens des schr.'s opvatting van den code) wel een verrekening bij de scheiding, maar slechts tusschen de erfgenamen onderling, niet ten nadeele van derden, plaats hebben“ (pag. 53).

Na een korten blik op den gang der jurisprudentie in Frankrijk, welks Hof van Cassatie laatstelijk een algemeene verplichting tot inbreng van schulden, zelfs ten nadeele van crediteuren van den erfgenaam-debiteur, aannam, gaat de schr. over tot het bespreken van 't Oud-Vaderlandsch recht.

Alvorens echter van het Fransche recht af te stappen, moet ik mij de opmerking veroorlooven, dat de groote verdeeldheid, die zich bij de beoefenaren van dat recht blijkens des schrijvers aanhalingen openbaart omtrent den zin der bepaling van den C.c., die den medeërfgenaam verplicht tot den „rapport des sommes dont il est debiteur“, voor ons recht alle waarde aan een beroep op die bepaling ontneemt; hoeveel waarde men moge hechten aan de geschiedenis van een leerstuk, het historische licht, dat omtrent het leerstuk van den inbreng de studie van den Code civil verspreidt, is niet helder genoeg om er ons wetboek met succes bij te lezen.

Wat nu het Oud-Vaderlandsche recht aangaat, leert de schr. ons de meeningen kennen van de Groot, Joh. Voet, Mr. Gerard van Wassenaar, Simon van Leeuwen, Ulrich Huber, van Someren, e. a.

Ook hier zien wij uit zijne mededeelingen, dat de rechtsgeleerden omtrent de vraag of schuld moet worden ingebracht, verschillend oordeelden: wel neemt Voet den inbreng van schuld, uit welke oorzaak ook ontstaan, in het algemeen aan, maar B. N. acht het „zeer onwaarschijnlijk“ dat Huber inbreng van schulden zou hebben aangenomen en „men kan zeer goed begrijpen“, zegt hij, pag. 65, „dat niet alle juristen, doctores utriusque „juris, dit Germaansch-rechtelijk denkbeeld hebben aangenomen, „en evenzeer dat in latere tijden — zooals ons blijken zal — „dit ruime en schoonschijnende begrip, dat strenge gelijkheid „met zich brengt, niet gehuldigd is wegens de groote schaduw- „zijde, er aan verbonden: het denkbeeld van den mede-eigendom „van kinderen aan het ouderlijk vermogen“.

Bij zijn historisch onderzoek heeft de schr. natuurlijk niet

verzuimd na te gaan de bepalingen van het Wetb. Napoleon voor het Koningrijk Holland, van het ontwerp van 1820, van het Wetboek 1830 en doet hij zien hoe 't eerste *uitdrukkelijk* schulden *en* schenkingen als verschillende aan inbreng onderworpen objecten onderscheidt, hoe het tweede *niet uitdrukkelijk* meer spreekt van *schulden*, terwijl de schr. de onderstelling „niet ongemotiveerd" noemt, dat de ontwerper begrepen heeft, dat men bij *schulden* niet van inbreng kan spreken en ze daarom ook niet daaraan heeft onderworpen; en eindelijk hoe in het Wetboek van 1830 de algemeene bepaling wordt gemist, dat „genoten" zaken moeten worden ingebracht, terwijl steeds van „giften" als van aan inbreng onderworpen object gesproken wordt en in geen enkel artikel schulden aan inbreng worden onderworpen.

Bij de geschiedenis der samenstelling van ons Wetboek staat de schr. 't langste stil, en komt hij tot het besluit, dat, terwijl het B. W. niet kent *inbreng* van schuld, noch van hetgeen onder eenigen titel uit het ouderlijk vermogen is genoten, het wèl kent eene verplichting tot verrekening van schulden tusschen erfgenamen, waarvan echter de positieve bedoeling noch uit de toelichting der Regeering, noch uit het verhandelde is op te maken.

Ik ben genaderd tot het 2e Hoofdstuk, waarin de schr. „langs rationeelen weg" 't antwoord op de vraag, of inbreng van schulden verplichtend is voor den erfgenaam, poogt op te sporen.

Uitgaande van de stelling, dat ingebracht alleen kan worden wat niet tot de nalatenschap behoort, maar deel uitmaakt van een ander vermogen, en lettende op de artt. 1132 en 1142, geeft hij van inbreng deze definitie: „Inbreng is de werkelijke „of gefingeerde teruggave aan de nalatenschap eens erflaters „door den eenen erfgenaam ten behoeve van zijne medeërfge„namen, van hetgeen hij tijdens diens leven onder den titel van „schenking onder de levenden of als speciale in art. 1142 aan„gewezen gift genoten heeft." En na deze definitie vervolgt hij: „Vorderingen van den overledene ten laste van een erfgenaam „zijn door onze wet niet aan inbreng onderworpen en kunnen „daaraan ook niet onderworpen worden, aangezien zij reeds een „bestanddeel der nalatenschap vormen." . . . . „Iets anders be„doelt de bewering: „*schulden*" moeten zeker niet ingebracht, „maar wel alle *voordeelen* uit het vermogen des erflaters geno„ten, zoowel die onder bezwarenden titel als om niet, omdat zij „*genoten* zijn."

Schr. betwijfelt echter of men dit jure constituto mag voorop-

stellen en meent dat, zoo de wetgever als grond voor inbreng genomen had „omdat het genoten is“, hij niet de bepaling van art. 1135, al. 4 gemaakt zou hebben. Ook pleit volgens schr. tegen de gelijkstelling van alle genoten zaken en de onderwerping van alle aan inbreng, dat zij dwingt tot toepassing van consequentiën, „eene toepassing, die moeilijk is vol te houden en ook „niet wordt volgehouden“.

„Hij die onderscheid maakt tusschen verrekening van schulden „en inbreng van schenkingen, behoeft geen consequentiën te trek„ken en behoedt zich voor ongerijmde gevolgen“ (pag. 88).

Volgens den schr. verzet zich de grond, die in ons recht voor inbreng is aan te voeren, tegen de toepassing daarvan op schulden. Die grond zou zijn: de veronderstelde of uitgesproken wil des erflaters, volgens welken er niet slechts rechtsgelijkheid maar bovendien feitelijke gelijkheid tusschen de erfgenamen bestaan moet betreffende hetgeen ieder uit het vermogen ontvangt; die gelijkheid wordt wèl door een schenking geschonden, niet door een geldleening, want bij deze treedt in de plaats van het geld eene inschuld, die, indien ze wordt toegedeeld, wordt geschat.

Krachtig acht ik deze laatste argumentatie niet: dit, toch, is juist de vraag: of de inschuld ten laste van een erfgenaam geschat wordt, gelijk het ook niet onbetwistbaar mag heeten dat een vader, door geld te leenen aan een kind, dat niet in staat is het terug te geven, de gelijkheid minder schendt dan door die som te schenken.

Ook de uitlegging, door den Schr. gegeven aan art. 1132, al 1, deel ik niet. Hij verwerpt de meening van Prof. Opzoomer, die m. i. volkomen terecht den aanhef van dat artikel geheel overtollig noemde, en hij leest „in de bepaling eene speciale wijze, waarop „verbintenissen tusschen erfgenamen te niet gaan“.

Ik lees er dat niet in; ik lees er slechts in — en ik volg daarbij het voorschrift van den schrijver zelf: „men houde zich ... aan de woorden“ — een aanwijzing dat er 2 middelen zijn om de schuld te niet te doen, de aanwijzing dat dit *kan* geschieden zoowel door voldoening als door verrekening en door een dier middelen moet geschieden. Meer staat er niet. In elk geval staat er niet, zooals de schr. meent, dat de erfgenaam-crediteur de verrekening kan eischen *bij de boedelscheiding*, zoo de erfgenaam-debiteur *alsdan* niet betaalt of betaald heeft, en er staat ook niet dat de erfgenaam-debiteur niet het recht zou hebben het verschuldigde te verrekenen als hij dit verkiest boven de voldoening. Indien de aanhef absoluut iets moet beteekenen,

dan kan naar deszelfs bewoordingen van niets anders sprake zijn dan van een alternatieve verbintenis: „voldoening“ of „verrekening“, en dan behoort de keus aan den *schuldenaar* omdat zij niet *uitdrukkelijk* aan den schuldeischer is toegestaan (art. 1309), waaruit dan m. i. moet volgen, dat ook de erfgenaam-debiteur recht heeft te eischen, dat men hem toelate bij de scheiding te verrekenen als hij niet préféreert te voldoen. Doch ik herhaal: ik acht den aanhef van art. 1132 geheel overbodig, en leid er geen recht noch voor den debiteur noch voor den crediteur uit af.

Voor mij lag het zwaartepunt der kwestie altijd in den invloed der deelbaarheid van de verbintenis. Reeds in dl. 23 (1871) van *Recht en Wet*, pag. 233, schreef ik: „Deelbare schuldvorderingen „worden *door de wet* verdeeld tusschen de erfgenamen van den „schuldeischer, die nooit de geheele vordering in onverdeeldheid „bezaten (art. 1335 B. W). De verdeeling grijpt van rechtswege „plaats bij den dood des crediteurs; elke poging tot conciliatie „der artt. 1335 en 1129 B. W. moet afstuiten op den duidelijken „zin van het eerste artikel, dat men geweld moet aandoen, „wanneer men het wil toepassen tegelijk met art. 1129, terwijl „men dit artikel geen geweld aandoet, wanneer men het buiten „toepassing laat op deelbare schuldvorderingen na overlijden „van den crediteur. Wat men in de praktijk noemt toedeeling „van eene schuldvordering aan één der erfgenamen voor het „geheel, is overdracht door de overige erfgenamen van hunne „aandeelen aan den anderen.“

Deze invloed der deelbaarheid ontgaat ook den schrijver niet. Hij stelt 't geval dat er 2 erfgenamen zijn B. en C., van wie er een (B.) *f* 10.000.— aan den boedel schuldig is, en nu lezen we (pag. 94):

„Krachtens art. 1335 jo. 1472 is de inschuld voor de helft „confusione te niet gegaan; volgens art. 1129 is van vermenging „geen sprake. Hoe deze quaestie op te lossen? Moet in onze „casus-positie aan C. worden toegedeeld de halve vordering op „B. ad *f* 5000.— of wel de geheele vordering ad *f* 10.000.—? „M. a. w. wordt door art. 1129 aan art. 1335 jo. 1472 gederogeerd?“

Ik antwoord: Toedeeling der *halve* vordering aan C. is onbestaanbaar, omdat die helft aan C. *alléén* toebehoort en niet gemeenschappelijk is; toedeeling der *geheele* vordering is even onbestaanbaar, omdat de vordering voor de helft confusione is te niet gegaan.

De schrijver erkent dat niet de *geheele* vordering kan worden toegedeeld. „Wordt nu de inschuld toegedeeld aan den anderen

„erfgenaam, dan kan dat alleen zijn voor de helft, want de helft „bestaat niet meer. Eene wetsbepaling, in casu art. 1129 kan „niet iets, dat eenmaal te niet is gegaan, in het leven terugroepen.“

Het bevreemdt mij, dat hij nu niet tot de conclusie komt, dat de helft niet toegedeeld kan worden, want hij staat vlak bij die theorie, waar hij aan de laatstaangehaalde passage toevoegt: „Daar komt nu nog bij, dat art. 1335 de scheiding der inschulden eigenlijk onnoodig maakt.“

Welke schulden komen in verrekening?

De schr. wijdt een § aan deze vraag. Voorop stelt hij, dat de verrekening tot geldschulden moet worden beperkt. 't Is echter niet duidelijk op welken grond die beperking steunt. Al wat de schr. aanvoert voor de leer, dat art. 1132 al. 1 recht geeft aan een erfgenaam om van zijn medeërfgenaam verrekening eener schuld bij de boedelscheiding te eischen, geldt evenzeer (of even-min) voor andere verbintenissen dan die tot betaling van geld, en 't zelfde moet m. i. gezegd worden van verbintenissen met tijdsbepaling: art. 1132 al. 1 onderscheidt niet. Als de erfgenaam-crediteur hieruit dus een recht ontleent ten aanzien van schulden van een medeërfgenaam in 't algemeen, dan moet de wet zelve de onderscheiding rechtvaardigen. Doch niet alleen over de verbintenissen met tijdsbepaling handelt de schr. in deze §.

In de volgorde van het B. W. gaat de schr. de verbintenissen na, waaruit rechten en verplichtingen voortvloeien, om te zien welke verplichtingen aan verrekening bij boedelscheiding onderworpen zijn.

Achtereenvolgens bespreekt hij dus:

a. de verbintenissen om iets te geven en om iets te doen;
b. de voorwaardelijke verbintenissen;
c. die met tijdsbepaling;
d. de alternatieve;
e. de solidaire;
f. de deelbare en ondeelbare verbintenissen;
g. die met strafbeding, en
h. die, waaruit geene actie voortspruit.

Ik zou te uitvoerig worden als ik hier al des schr.'s beschouwingen besprak; ik ben 't echter niet overal met hem eens, b. v. niet als hij zegt, dat de verbintenis van een erfgenaam tot levering aan den erflater van het bij hem op stal staande paard, alléén dan bij de boedelscheiding in verrekening kan komen, indien zij zich in eene vergoeding van kosten, schaden en interessen heeft opgelost. Immers, hier is juist sprake van

een *ondeelbare* verbintenis, die *wèl* in de verdeeling kan worden begrepen, omdat voor deze verbintenis art. 1335 niet geldt.

Opzettelijk behandelt de schr. de vraag of een zoon, wiens schuld aan den vader ten gevolge van een gehomologeerd akkoord verminderd is, niettemin de geheele oorspronkelijke schuld of slechts het verminderde bedrag met de medeërfgenamen moet verrekenen? en zijn antwoord luidt: dat de medeërfgenamen slechts dat bedrag in verrekening mogen brengen, dat zij evenals hun erflater op de gewone wijze kunnen vorderen.

Ten aanzien eener verjaarde schuld is de schr. van meening, dat geen verrekening kan gevraagd worden; hij grondt deze meening daarop, dat de schuld te niet gegaan en de erfgenaam geen schuldenaar meer zou zijn. Maar de schr. zou niet anders antwoorden, al had hij met Opzoomer e. a. aangenomen, dat de verjaring alleen de *actie*, niet de *schuld* vernietigt, want ook van een speelschuld kan z. i. geen verrekening worden geëischt „omdat de inbreng van schulden niet ten doel heeft de natuur „eener schuld te veranderen; er is eene schuld ten laste van „B., zij blijft haar karakter behouden ook voor de erfgenamen, „die volkomen treden in de rechten en verplichtingen van hun„nen erflater".

Ook hier is m. i. de schr. niet consequent: Als de speelschuld, zooals de schr. terecht aanneemt, eene schuld is, en art. 1132 al. 1 den erfgenaam-debiteur tot verrekening verplicht, dan moet er eene wetsbepaling zijn, welke die verplichting voor dat speciale geval weder opheft.

De vraag of al dan niet inbreng van schuld door een medeerfgenaam kan worden verlangd, is voornamelijk van belang ten aanzien van derden. De verrekening tegenover derden is het onderwerp der voorlaatste § van het proefschrift, dat met de mededeeling der jurisprudentie op dit punt eindigt.

De vraag wordt het meest belangrijk „in abnormale omstandigheden", als nl. de erfgenaam-debiteur in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is of indien er beslag op zijn erfdeel is gelegd.

De schr. is van oordeel „dat art. 1132 al. 1 eene eenvoudige wijze van vereffening bevat, doch niet een geprivilegiëerde wijze van betaling uitspreekt" (pag. 119). Z. i. hebben de erfgenamen geen voorrang, dien de erflater niet had, omdat de wet hun geen voorrang toekent.

Is nu de erfgenaam-debiteur failliet, dan onderscheidt de schr. 2 gevallen: het aantal percenten, dat den schuldeischers uit-

gekeerd wordt, is bij de scheiding bekend of niet bekend. Is 't bekend, dan wordt de vordering „in haar geheel op waarde „gebracht en, voorzoover niet door confusie te niet gegaan, „overeenkomstig de aan de rest in evenredigheid tot het geheel „toe te kennen waarde, aan een der erfgenamen toegedeeld". Maar ik vraag alweder: hoe kan er in schr.'s voorbeeld, dat B. en C. erfgenamen van A. zijn, wiens nalatenschap *f* 20.000.— bedraagt plus eene vordering van *f* 10.000.— op B. die failliet is, sprake zijn van *toedeeling* der vordering, „die voor zoover niet door confusie te niet gegaan" eenvoudig eene vordering is niet van den boedel, maar van C. alleen, groot *f* 5000.—, ten laste van B.? Men kan toch niet verdeelen, dus evenmin toedeelen, wat slechts één persoon toebehoort?

Maar ook de onderstelling des schr.'s dat de percenten bekend zijn, is een waagstuk. Stel dat de schulden van B. bedragen *f* 20.000.— (buiten de vordering van wijlen A.) en de activiteiten van den faillieten boedel *f* 10.000.—, buiten het aandeel in A.'s nalatenschap. Hoe kan men nu de uit te keeren percenten bepalen zonder vooraf vast te stellen, wat uit A.'s nalatenschap aan den faillieten boedel opkomt? Van dit laatste hangt 't aantal percenten af, terwijl de schr. 't geen uit de nalatenschap door den failliet verkregen wordt, van de percenten laat afhangen. Naar mijne meening moet men eenvoudig zeggen: B.'s aandeel in de met C. gemeenschappelijke *f* 20.000 = *f* 10.000
de activiteiten bedragen voorts *f* 10.000
f 20.000

terwijl de schuld bedraagt *f* 20.000 + de vordering van C. ad *f* 5000.— = *f* 25.000.—. De crediteuren krijgen dus $\frac{20}{25}$ of 80 %.

In des schr.'s betoog blijkt niet hoe hij tot de wetenschap is gekomen dat 50 % kon worden uitgekeerd, maar mij komt 't voor een dwaling te zijn, dat hij 50 % der geheele vordering in 't deelbaar actief der nalatenschap opneemt, ofschoon erkennende dat zij door confusie gedeeltelijk is te niet gegaan, en daarmede in strijd berekent als ware zij nog in haar geheel aanwezig.

Is het aantal percenten aan de schuldeischers van den failliet uit te keeren, op het tijdstip der boedelscheiding nog onbekend: „dan kunnen de erfgenamen", volgens den schr., pag. 120, „met „den curator de waarde der vordering bepalen, of wel een on„zijdig persoon met de schatting belasten, of wel — en dit is „zeker rationeeler — zij kunnen nu art. 1335 B. W. toepassen; „de overige activa worden gelijkelijk verdeeld, de schuldvordering

„is van rechtswege onder de erfgenamen gesplitst; ieder erfge-„naam late zich voor zoodanig bedrag der inschuld in het faillis-„sement verifiëeren als met ieders erfdeel in evenredigheid staat".

Alleen het laatste deel van het betoog is m.i. juist, doch kan slechts gelden als de schuldvordering deelbaar is. De schatting door erfgenamen en curator is evenmin als de schatting door een onzijdig persoon met de wet in overeenstemming, en noch de eerste, noch de laatste dus toelaatbaar. Waar in een gemeenschap personen betrokken zijn, die het vrij beheer over hunne goederen niet hebben, laat de wet de schatting der te verdeelen zaken nooit over aan de vrije overeenkomst tusschen de deelgerechtigden, die tot handelen bekwaam zijn, en de vertegenwoordigers der onbekwamen. Dat de wet van de schatting van schuldvorderingen niet spreekt, niet voor die schatting evengoed als voor de waardeering van geïnventariseerde roerende en van onroerende zaken een bindend voorschrift geeft, bewijst genoeg, dat van zoodanige schatting geen sprake kan zijn. Waar de schuldvorderingen *deelbaar* zijn, is tot zoodanige schatting geen grond, omdat ze van rechtswege verdeeld en dus niet meer voor scheiding vatbaar zijn. Waar de schuldvorderingen ondeelbaar zijn, moeten zij, ten ware de deelgenooten allen 't vrij beheer over hunne goederen mochten hebben en anders overeenkomen, voor 't volle bedrag in de deelbare massa worden opgenomen en, zoo partijen zich over de toedeeling niet kunnen verstaan, moet het lot beslissen wie ze in zijn deel krijgt. De wet regelt dan het recht van den verkrijger om, zoo de schuldenaar niet solvabel is, van de andere deelgenooten vrijwaring te vorderen. Mr. van Swinderen neemt die leer ook bij deelbare schuldvorderingen aan, naar ik uit B. N.'s mededeelingen afleid, wiens bestrijding van Mr. v. S. ik zwak acht, terwijl hij m.i. de bepaling van art. 1131 B. W. niet juist toepast.

Hij stelt het volgende geval:

„A., B. en C. erven *f* 30000.— waaronder eene vordering op „A. ad *f* 9000.— Het lot geeft A. *f* 10000.—, C. eveneens *f* 10000.— „en B. *f* 1000.— + de inschuld op A. A. is failliet. B. laat zich „verifieeren voor een bedrag van *f* 9000.— Er wordt 1/3 of *f* 3000.— „uitgekeerd. Nu past Mr. van Swinderen vrijwaring toe; der-„halve moeten A. en C. in B.'s verlies ad *f* 6000.— ieder 1/3 of „*f* 2000.— dragen. Ten gevolge hiervan blijkt, dat A. te veel „uit de nalatenschap genoten heeft, hetgeen aan zijne schuld-„eischers ten goede gekomen is. De billijkheid vordert dat deze „het verlies dragen, waartoe nieuwe rangregeling vereischt is."

Ik zou niet weten, waarop die nieuwe rangregeling zou steunen: zal B., na voor de *geheele* vordering geverifiëerd te zijn, nog eens verificatie voor een deel (want 1/3 van 2/3 der *f* 9000.— is toch slechts een deel dezer vordering) moeten vragen? Dat is m. i. onaannemelijk. De failliete massa heeft ten aanzien der vordering van *f* 9000.— alles gepraesteerd wat zij kon en moest praesteeren. Maar B. moet naar art. 1131 zijn verlies dan ook omslaan niet over de 3 erfgenamen, maar over „den gewaarborgden en de medeërfgenamen die in staat zijn te betalen", dus over zichzelf en C. Hij kan van A. en C. ieder *f* 2000.— vragen, maar A. kan niet betalen, dus slaat hij diens aandeel ad *f* 2000.— om over zichzelf en C., en verhaalt op C. dus nog *f* 1000.—, of totaal *f* 3000.—. B. verkreeg dus uit de nalatenschap *f* 1000.—, uit de failliete massa *f* 3000.—, van C. *f* 3000.—. totaal *f* 7000.—. C. verkreeg *f* 10000.—, betaalt aan B. *f* 3000.—, behoudt dus ook *f* 7000.—. Zoo moet m. i. de oplossing zijn als de schuld *ondeelbaar* is. Ware ze deelbaar, dan zoude de te verdeelen massa hebben bedragen *f* 21000.— en had ieder *f* 7000.— ontvangen. Aan B. en C. zouden bovendien nog percenten van de vorderingen ad *f* 3000.— op A.'s boedel moeten worden uitgekeerd. Waarvan dat verschil? Natuurlijk van de ondeelbaarheid, die de confusie ten gevolge der werking van art. 1129 belet. Als 1/3 kon worden uitgekeerd, zal dus de boedel voor de concurrente crediteuren aan baten hebben opgeleverd 1/3 van het bedrag hunner vorderingen; b. v. het actief zal bedragen hebben *f* 10000.—, de schuld *f* 30000.—, met inbegrip der *f* 9000.—. Ware er confusie geweest voor 1/3 der *f* 9000.—, dan zou er *f* 10000.— te verdeelen zijn geweest over *f* 27000.—. Ik zie niet in, dat door deze regeling omslag wordt verkregen waar eenvoud werd beoogd, evenmin dus dat daardoor met de eene hand verwoest zou zijn eene zuil — de paritas heredum — die men met de andere opbouwde.

Doch al vereenigt men zich niet met alle beschouwingen des schrijvers, men mag toch niet ontkennen, dat zijn proefschrift een zeer belangrijke arbeid is, die aan de ook naar mijne meening juiste leer, dat schuld niet aan inbreng is onderworpen, krachtige wapenen in de hand geeft, en door het historisch overzicht den voornamen grond, waarop Prof. Hamaker den bewijslast meent te mogen leggen op de schouders zijner tegenpartij: de geschiedenis van het leerstuk, niet weinig verzwakt. Wat anders was de strekking van des Hoogleeraars vraag (*Weekbl.* n°. 1003 pag. 138): „Heeft de wetgever van 1838 afgeschaft, wat eeuwen

lang recht geweest was? Wie dat beweert, dient deugdelijke gronden aan te voeren, anders loopt hij gevaar niet geloofd te worden."

Arnhem, Juli 1890. A. Moll,
Notaris.

Dr. G. CRUSEN, der strafrechtliche Schutz des Rechtguts der Pietät. — Berlin, J. Guttentag, 1890. — 105 blz.

Deze verhandeling dankt haar ontstaan aan het „kriminalistische Seminar" van Prof. von Liszt, vroeger te Marburg thans te Halle, en maakt dan ook uit de eerste aflevering van het tweede deel van de *Handelingen* van dit Seminarium.

Het eigenlijke onderwerp van Schr.'s onderzoek zijn de misdrijven van lijkroof, lijkverminking, en graf- en kerkhofschennis. Hij beschouwt deze, blijkens de inleiding, waarin hij dit punt bespreekt, als misdrijven tegen den persoon, en wel in het bijzonder als misdrijven tegen het „rechtsgoed" van den eerbied jegens afgestorvenen (Pietät). Het gevoel van eerbied voor de afgestorvenen, dat ieder beschaafd mensch bezit, wordt geschonden door de genoemde feiten.

Na eenige aanteekeningen van geschiedkundigen aard geeft Schr. in een 3de Hoofdstuk onder het opschrift: Dogmatiek van het stellige recht, eene uitvoerige en zorgvuldige verklaring van de §§ 168, 166 en 367 al. 1 van het R.Strwb., voor zooverre deze betrekking hebben op het door hem behandelde onderwerp. Dit belangrijkste gedeelte van het geschrift leidt den auteur tot voorstellen tot wijziging van het stellige recht, die in een vierde hoofdstuk nader worden aangegeven, terwijl een overzicht van de betrekkelijke bepalingen der buitenlandsche strafwetten het geheel besluit.

Het komt ons voor dat Dr. Crusen eene verdienstelijke monografie heeft geleverd, die een gunstig getuigenis aflegt van den wetenschappelijken arbeid welke in von Liszt's „Seminar" wordt verricht.

Ter aankondiging werd ons toegezonden eene *Thèse d'agrégation*, door den heer **G. Cornil** in Maart 1890 aan de rechts-

geleerde faculteit der Vrije Hoogeschool te Brussel voorgelegd, en getiteld: *Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain* (Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie., 1890. — 103 bl.). Dit werkje, waarop wij gaarne de aandacht vestigen, bestaat uit tien stellingen, elke van eene zaakrijke toelichting voorzien. Schr. betoogt vooreerst de wenschelijkheid, dat de eigendom openbaar zij, en onderzoekt vervolgens, in hoever het Romeinsche Recht, zoowel het oudere als dat van Justinianus, aan dien eisch voldoet. Meer in het bijzonder staat hij stil bij de vraag, of door de *insinuatio*, in het latere Romeinsche recht voor schenkingen voorgeschreven, publiciteit van den eigendomsovergang wordt bedoeld en bereikt. Over het geheel is de stof degelijk bewerkt en de literatuur in ruime mate geraadpleegd; ook de vorm verdient een woord van lof.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. Wetgeving.

Frankrijk. — Eene wet van 4 April 1890 brengt wijziging in art. 5 al. 1 der wet van 4 Maart 1889 op het faillietenrecht (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, 1889, bl. 337 vlg.). De oorspronkelijke bepaling luidde: „na het vonnis, waarbij de gerechtelijke vereffening (*liquidation judiciaire*) wordt geopend, moeten alle vorderingen, en alle middelen van executie zoowel op roerende als op onroerende goederen, worden ingesteld of vervolgd te gelijk tegen de liquidateurs en den schuldenaar". Naar aanleiding van dit artikel is in de practijk ernstige twijfel gerezen over de vraag, of het vonnis, dat de gerechtelijke vereffening beveelt, de vervolgingen, die tegen den schuldenaar gericht worden, schorst of niet. De rechterlijke colleges oordeelden verschillend. Twee Hoven van Appèl beslisten, dat het bedoelde vonnis geen verbod medebrengt om bijzondere vervolgingen tegen den debiteur in te stellen of voort te zetten. Ten einde deze wetstoepassing, waardoor het doel der liquidatie zoude worden verijdeld, voor het vervolg onmogelijk te maken, hebben eenige Afgevaardigden, op 1 Maart 1890, in de Kamer een voorstel tot wijziging ingediend. Gesteund door den Minister van Justitie, verwierf dit spoedig de goedkeuring van Kamer en Senaat en werd reeds op 4 April tot wet verheven. De nieuwe redactie van art. 5 luidt: „A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues, comme en matière de faillite. Celles qui subsistent doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur."

Zwitserland. — Ten einde de invoering der verplichte verzekering tegen ongelukken en tegen ziekten van bondswege in de geheele republiek mogelijk te maken, is eene wijziging der Constitutie aanhangig gemaakt. Zij heeft ten doel

de invoeging van een nieuw artikel 34*bis*, dat, overeenkomstig de redactie door de Bondsvergadering aangenomen, zal luiden: „De Bond zal bij de wet de verzekering tegen ziekten en ongelukken invoeren, daarbij rekening houdende met de bestaande ondersteuningskassen. Hij kan de deelneming aan deze verzekeringen in het algemeen voor bepaalde klassen van burgers verplichtend stellen“.

In den Nationalen Raad werd dit voorstel den 11den Juni l.l. met 112 tegen 2 stemmen en in den Raad der Staten den 13den Juni d. a. v. met algemeene stemmen aangenomen.

Om rechtskracht te verkrijgen is thans nog noodig dat de meerderheid der burgers en de meerderheid der kantons zich er voor verklaren.

Oostenrijk-Hongarijë. — Eene nieuwe regeling der handels- en fabrieksmerken is voor beide deelen der monarchie tot stand gekomen bij de wet van 6 Jan./4 Febr. 1890. Niet alleen de eigenlijk gezegde merken, maar ook de naam, de firma, het wapen en de benaming van de inrichting van den fabrikant of koopman worden beschermd. Het recht op het merk maakt een deel uit van de „zaak“, houdt op te bestaan met deze en gaat, bij overgang van de zaak in andere handen, op den verkrijger over. De inschrijving geeft slechts recht gedurende een termijn van tien jaren, maar kan vóór afloop daarvan hernieuwd worden. Zij wordt gedaan bij de Kamer van Koophandel, binnen welker ressort de zaak is gevestigd. Indien, na onderzoek van ambtswege, blijkt, dat voor dezelfde soort van waren reeds vroeger een gelijk merk is ingeschreven, wordt daarvan kennis gegeven zoowel aan dengene die de inschrijving heeft verzocht, als aan den rechthebbende op het bestaande merk. Opzettelijke schending van het merkenrecht wordt gestraft met gevangenisstraf van 3 maanden tot één jaar of boete van 500 tot 2000 fl., terwijl alleen op klachte van den benadeelde tot de vervolging wordt overgegaan.

B. Diversa.

Den 4den en 5den Juli 1890 werd te Zutphen gehouden de een-en-twintigste Algemeene Vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, onder voorzitterschap van Mr. A. A. de Pinto. Behandeld werden de volgende onderwerpen:

I. Moet, ten aanzien van roerend goed, de wet uitgaan van den regel, dat eigenaar of pandhouder is hij, die als zoodanig

bezit, behoudens de verplichting van elken houder tot teruggaaf van het goed aan hem, die het buiten zijnen wil is kwijtgeraakt?

Praeadviseurs: Mrs. P. van Bemmelen, raadsheer in den Hoogen Raad, en J. B. Roelvink, beheerend vennoot van de Twentsche Bank.

Een door tien leden voorgesteld vraagpunt, luidende:

„Behoort de wetgever uit te gaan van het beginsel, dat hij die roerend goed in zijne persoonlijke macht heeft, daarop — ofschoon hiertoe onbevoegd — toch zakelijke rechten kan verschaffen aan derden, zoo dikwijls van hen niet kan worden aangetoond, dat zij met diens onbevoegdheid bekend waren of behoorden te zijn", —

werd met 32 tegen 8 stemmen aangenomen, waardoor de door het Bestuur gestelde vraagpunten vervielen.

II. Is invoering van de voorwaardelijke veroordeeling, in den zin der Belgische wet van 31 Mei 1888, in Nederland wenschelijk? Zoo ja, hoe moet zij er geregeld worden?

Praeadviseurs: Mrs. D. J. Mom Visch en L. U. de Sitter, raadsheeren in het Gerechtshof te Arnhem [1]).

Het eerste vraagpunt:

Is invoering der voorwaardelijke veroordeeling in Nederland wenschelijk?

werd in ontkennenden zin beantwoord met 26 tegen 18 stemmen, waardoor alle verdere vraagpunten vervielen.

Tot bestuursleden werden gekozen Mrs. E. E. van Raalte, J. J. van Geuns en M. S. Pols. Voorts werd besloten het volgend jaar te herhalen de, wegens het steeds afnemende bezoek der vergaderingen, genomen proef, om, in plaats van op het einde der rechterlijke vacantie, gedurende drie dagen, in den aanvang der vacantie, gedurende twee dagen, bijeen te komen. De vergadering zal worden gehouden te Leiden.

Het vraagstuk der schadevergoeding voor ongevallen bij den arbeid en der verzekering tegen die ongevallen, heeft in de laatste jaren aanleiding gegeven tot zoovele geschriften, tot zoovele debatten in wetgevende vergaderingen en congressen, dat het uiterst moeilijk wordt, in dien chaos den weg te vinden. Het is daarom een verdienstelijk werk, dat de *Belgique Judiciaire* ondernam, eene samenstelling te geven van de literatuur en de rechtspraak over de *Accidents de Travail.* Deze *Bibliographie* werd

[1]) Bovendien werd dit onderwerp behandeld door Mr. D. Simons in *Themis*, 1890, bl. 253—278.

het eerst opgenomen in den jaargang 1889, n°. 25. Juist een jaar later verscheen in hetzelfde Weekblad (1890, nos. 25 en 26) eene vermeerderde editie. De verschillende geschriften en rechterlijke uitspraken zijn gerangschikt naar het volgende schema:

I. Geschriften, die de noodzakelijkheid of wenschelijkheid ontkennen, om de wetgeving of rechtspraak op dit stuk te wijzigen.

II. Geschriften, die de noodzakelijkheid of wenschelijkheid erkennen, om de wetgeving of rechtspraak op dit stuk te wijzigen:

a. door in de wet opzettelijk de gevolgen der huur van diensten te omschrijven;

b. door in de rechtspraak terug te keeren tot de toepassing, op de huur van diensten, van de algemeene regels omtrent de overeenkomsten;

c. door den patroon wettelijk de verplichting op te leggen, den arbeider tegen ongelukken bij den arbeid te verzekeren;

1°. met den Staat als verzekeraar;

2°. zoodanig dat de verzekering aan particulieren blijft overgelaten, maar aan zekere voorwaarden van waarborg en contrôle wordt onderworpen;

d. door, in de wetgeving, de regels der aansprakelijkheid te wijzigen:

1°. in het algemeen;

2°. alleen voor sommige categorieën van werkgevers;

e. door de rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid te wijzigen.

Daarna worden de resultaten samengevat, waarbij nog in het bijzonder de jurisprudentie ten aanzien van het personenvervoer ter sprake komt. Het laatste Fransche wetsontwerp volgt als Bijlage.

Wie het onderwerp ter hand neemt, vindt hier een onschatbaar materiaal bijeen, vooral wat Frankrijk en België, tot op zekere hoogte ook wat Engeland en Italië aangaat. Het bestaan eener Nederlandsche en Duitsche literatuur schijnt echter den samensteller te zijn ontsnapt!

De Afdeeling Duitschland van de Internationale criminalistische Vereeniging hield op 26 en 27 Maart jl. te Halle a. S. hare eerste vergadering. Een zestigtal leden der Vereeniging was aldaar uit alle deelen van Duitschland samengekomen. Behandeld werden drie onderwerpen:

I. De invoering der voorwaardelijke veroordeeling in de Duitsche strafwetgeving. Praeadviezen werden uitgebracht door Dr. Wirth, Directeur der gevangenis te Plötzensee bij Berlijn, en

Blume, Staatsanwalt te Hildesheim. Beiden deden zich kennen als voorstanders der nieuwe instelling. Als bestrijders traden o. a. op Prof. v. Kirchenheim te Heidelberg, en Dr. Olshausen, Raadsheer te Berlijn. Na levendige en belangrijke debatten werd ten slotte gestemd over de volgende vraagpunten:

1°. Is eene verandering van het strafstelsel noodzakelijk, met name in de richting van beperking der korte vrijheidsstraf? — Eenstemmig met *ja* beantwoord.

2°. Verdient de veroordeeling met voorwaardelijke tenuitvoerlegging der straf aanbeveling als nieuw strafmiddel? — Bevestigend beantwoord met 42 tegen 4 stemmen; 6 blanco. Verworpen was vooraf een amendement, om de woorden „als nieuw strafmiddel“ te schrappen.

3°. Moet deze veroordeeling worden toegelaten: *a.* bij gevangenisstraf tot drie maanden; *b.* bij hechtenis? — Beide vragen met groote meerderheid bevestigend beantwoord.

II. Hoe moet het begrip der recidieve wettelijk worden omschreven en welke strafmiddelen verdienen aanbeveling tegen hen die zich telkens opnieuw aan misdrijf schuldig maken (onverbeterlijken)? Praeadviseurs: Prof. v. Lilienthal te Marburg en Dr. Harburger, Staatsanwalt en privaatdocent te München. In stemming kwamen de volgende vragen:

1°. Moet recidieve worden aangenomen, wanneer het nieuwe en het vroegere strafbare feit behooren tot dezelfde door de wet aan te wijzen groep van strafbare feiten?

2°. Moet verjaring der recidieve worden toegelaten?

3°. Moet de herhaalde recidieve een verplichte grond zijn voor strafverscherping?

4°. Is als strafmiddel tegenover hen, die zich telkens weder aan misdrijf schuldig maken, eene vrijheidsstraf aan te bevelen, die naar de soort of naar den omvang verscherpt is? met toelating van daaropvolgende plaatsing in een werkhuis?

5°. Moet de wet bepalingen maken, waardoor de blijvende plaatsing van misdadigers, die door den strafrechter voor onverbeterlijk verklaard zijn, in een tuchthuis, werkhuis of krankzinnigengesticht wordt verzekerd?

6°. Behoort bij deze als onverbeterlijk beschouwden ontslag bij wijze van proef toegelaten te zijn na vijfjarige opsluiting?

De vragen 1, 2, 3 en 6 werden bijna eenstemmig, de vragen 4 en 5 met groote meerderheid bevestigend beantwoord.

III. Behoort de theoretische en practische vorming voor de strafvoltrekking te worden opgenomen in den juridischen voorbe-

reidingsdienst? Prof. Bennecke te Giessen bracht een praeadvies uit; de andere praeadviseur, Staatsanwalt Uhles te Frankfurt a/M., was verhinderd te verschijnen. Bijna eenstemmig oordeelde de Vergadering, dat de practische jurist theoretisch en practisch behoort te worden ingeleid in de kennis der strafexecutie. terwijl de groote meerderheid meende, dat de studie behoort plaats te hebben *na* het groote Staatsexamen.

Eindelijk werd besloten, in het volgende jaar opnieuw te Halle bijeen te komen.

De jongste bundel arresten van het Duitsche *Reichsgericht* bevat weder eene belangrijke beslissing omtrent de rechten, die aan huiseigenaars met betrekking tot de publieke straat toekomen (*Entscheidungen in Civilsachen*, 24, nº. 50, bl. 245 en vlg.). Daar wij reeds meermalen (zie o. a. hierboven bl. 292) op rechterlijke uitspraken over deze quaestie hebben gewezen, willen wij ook deze kortelijk vermelden. De eischer is eigenaar van het huis aan den Pariser Platz no. 2 te Berlijn, welk plein aan de Gemeente toebehoort. Deze heeft, ter gelegenheid van de begrafenis van Keizer Wilhelm I, op het plein tribunes opgericht, zonder echter den rijweg of het trottoir te bezetten. Eischer beklaagt zich er over, dat hem door deze tribunes het uitzicht op den lijkstoet is benomen en daarmede zijne rechten als aangrenzend eigenaar zijn gekrenkt; hij verlangt, dat der gemeente de oprichting van zoodanige tribunes zal worden verboden en hem eene vergoeding van 1625 Mark voor de geleden schade zal worden toegekend. In twee instanties is deze eisch ontzegd. Vandaar beroep in cassatie bij het *Reichsgericht*. Met zorgvuldige verwijzing naar zijne vroegere jurisprudentie, verklaart het *Reichsgericht*, dat, volgens Pruisisch en Fransch recht, aan de eigenaars van huizen, die aan de openbare straat gelegen zijn, niet slechts als vergunning, maar blijvend en als wèlverworven bevoegdheid, het recht toekomt op ongehinderde communicatie langs die straat, zoodat bijv. veranderingen in het niveau daarvan, waardoor dit recht zou worden belemmerd, alleen tegen schadevergoeding kunnen plaats hebben. Ook een recht op het noodige licht moet aan den huiseigenaar worden toegekend. Verder echter wil het Hof niet gaan: het recht op de straat is niet ruimer, dan uit de natuur en het doel van de straat van zelve volgt. Recht op voortdurend genot van feitelijke voordeelen, waarin zich de aangrenzende eigenaar verheugt, kan hij niet doen gelden. Onder deze laatste rubriek valt het vrije uitzicht op het plein, over het gemis waar-

van de eischer zich beklaagt. De ontneming daarvan kan dus, naar het oordeel van het *Reichsgericht*, geene aanleiding geven tot schadevergoeding. Ook de omstandigheid, dat de gemeente, bij het bouwen der tribunes, de voorschriften van het politiegezag omtrent de hoogte daarvan niet geheel heeft in acht genomen, kan den eisch niet rechtvaardigen. Op deze gronden werd de gevallen uitspraak door het HoogGerechtshof gehandhaafd.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 51, nº. 2. — v. Geuns, uitlevering van eigen onderdanen. — v. Doorn, het erfrecht van de erfgenamen van den verwachter bij het fidei-commissum residui. — Willeumier, het internationaal pénitentiair congres te Rome. — Heemskerk, iets naar aanleiding van de vraagpunten der eerste aanstaande vergadering van de Ned. Juristen-Vereeniging. — Simons, voorwaardelijke veroordeeling.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 4, afl. 5/6. — de Ranitz, „rechtmatige uitoefening der ambtsbediening" in art. 180 Swb. — Segers, frauduleuze invoer. — Overzicht der rechtspraak en literatuur (15 Mei 1889—15 Mei 1890). — Petit, strafrechtelijke bibliographie (15 Febr.—30 Juni 1890).

Revue de droit international, t. 22. — Nº. 1. Rolin-Jaequemyns, la conférence de Berlin sur la législation du travail et le socialisme dans le droit international. — de Louchier, la réforme agraire en Roumanie. — Sainctelette, les accidents du travail, I. — Nys, l'esclavage noir devant les jurisconsultes et les cours de justice. — Féraud-Giraud, les institutions judiciaires. — Nº. 2. Rolin, l'union internationale de droit pénal. — Geffcken, l'église et l'esclavage. — Nys, l'esclavage noir devant les jurisconsultes et les cours de justice, II. — Sainctelette, les accidents du travail, II. — Mulder, bibliographie de législation administrative comparée (1 janv—30 avr.).

Journal du droit international privé, 17e année. — Nos. 3/4. Bozérian, droits des étrangers en France en matières de marques de fabrique. — Wilhelm, théorie juridique des protectorats. — Canonico, de l'expulsion des étrangers en Italie. — Routiris, de l'acquisition, de la perte, et du recouvrement de la nationalité grecque. — de Rolland, condition juridique des étrangers, dans la Principauté de Monaco. — Nos. 5/6. Stemler, application pratique de la nouvelle loi sur

la nationalité par l'administration. — Colin, du recours en cassation pour violation de la loi étrangère. — Féraud-Giraud, réglementation de l'expulsion des étrangers en France. — Beauchet, situation et usage en France des marques étrangères non protégées par des lois spéciales. — Trigant-Geneste, la loi française sur l'espionnage envisagée au point de vue allemand. — Salem, des mariages célébrés en pays musulmans entre sujets européens de nationalité différente devant le consul du pays de l'un d'eux.

Law Quarterly Review, vol. 6, nº. 23. — Butcher, the law of conspiracy in England and Ireland. — Bond, possession in the roman law. — Elphinstone, notes on the alienation of estates tail. — Carver, on some defects in the bills of lading act, 1855. — Nelson, marriage and immoveables. — Renton, the legal test of lunacy. — Verney, the maritime conference at Washington.

The Law Magazine and Review, nº. 276, May 1890. — Manby, the cy près doctrine. — Williams, interpretation in roman law. — Raikes, foreign maritime laws: III. Spain. — Gover, current notes on international law.

Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 29, H. 4/6. — Fischer, die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen, insbesondere bei Formmängeln. — Strohal, zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürg. GB. f. d. Deutsche Reich. — Kindel, Konsensprinzip oder § 1. 1. 10 A. L. R.?

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 76, H. 2. — Mommsen, das eheliche Güterrecht des Entwurfs eines bürg. GB. f. d. Deutsche Reich. — Thudichum, die Ehescheidung nach dem Entwurf des Civil GB. — Coith, Bemerkungen zu den Entwürfen des bürg. GB. und des betr. Einführungsgesetzes. — Bolse, der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft. — v. Lang, zur Kritik des Zustellungswesens der R. C. P. O. — Voss, Hauptintervention, Widerspruchsklage (§ 690 der C. P. O.) und Vorzugsklage (§ 710 der C. P. O.). — Bolgiano, zur Lehre von den prozessdilatorischen und prozesshindernden Einreden.

Zft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 17. — H. 2. Oertmann, das Beneficium Separationis im römischen und heutigen Recht. — Ofner, über den Einfluss des wesentlichen Irrthums auf Verträge. — H. 3. Zoll, Römisches und

heutiges Intestaterbrecht. — Mitteis, zu Pseudo-Asconius in Verrem, II, 1, 36. — Eisler, die Processvoraussetzungen im österreich. Strafprocesse. — H. 4. Kornitzer, zur Analyse des Vorrangsbegriffes im österreichischen Hypothekenrechte.

Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 4, H. 1. — Koch, soll bei Versäumung der Wechselfristen die Berufung auf „höhere Gewalt“ berüchsichtigt werden? — Heck, die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall. — Mittelstein, die Zwangsvollstreckung in Schiffe, nach dem Entwurfe eines Reichsgesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. — Jacobi, die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürg. GB. — v. Völderndorff, Ort der Generalversammlung. — Kohler, Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. — L. Goldschmidt, Civilistische Rundschau.

Gerichtssaal, Bd. 43, H. 3. – Kleinfeller, zur Lehre vom strafbaren Bankerott. — v. Jagemann, die Versammlung deutscher Strafanstaltsbeamten und von Vereinen für Verbrechensprophylaxe in Freiburg in Br., Sept. 1889. — Damme, der „Heimathlose“ in der R. Str. P. O. — Altona, Ruhen der Verjährung. — Kroschel, Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt.

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 10, H. 4. — Stenglein, über Zeugenbeweisanträge im Strafverfahren. — Kronecker, Vorverfahren und Hauptverfahren. — Klippel, Determinismus und Strafe. — Frank, Rechtsprechung des Reichsgerichts (1 Jan.—30 März 1889).

Nouvelle Revue historique du dr. franç. et étr., 14e année, n°. 2. — Esmein, la juridiction de l'Église sur le mariage en Occident. — Jarriand, la succession coutumière dans les pays de droit écrit (*fin*). — Audibert, histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne. — Fournier, notes et documents sur l'université de Rennes et sur Lanjuinais, professeur de droit canon à Rennes. — Périés, le style de chancellerie de l'ancienne faculté de droit de Paris.

Revue crit. de législation et de jurisprud., 39e année. – N°. 3. Examen doctrinal (Brémond, jurisprudence administrative). — Cabouat, Examen critique du projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat 28 janvier 1887 (*fin*).

— Sauzet, le livret obligatoire des ouvriers (*suite*). — No. 4. Examen doctrinal (Testoud, jurisprudence en matière d'enregistrement). — Deschamps, le dol et la faute des incapables dans les contrats.

Annales de droit commercial, 4e année, no. 3. — Thaller, de l'action directe des ouvriers contre l'assureur dans l'assurance collective accidents. — Arnoul, de la liberté possible des magasins généraux. — Thaller, à propos de Terre-Noire. — Nessi, l'assurance obligatoire contre les accidents en Suisse. — Chronique de législation etc. (Davis, Angleterre).

Archivio Giuridico. — Vol. 44, fasc. 6. Ferri, da Cesare Beccaria a Francesco Carrara. — Chiappelli, nuovi studi sopra la storia delle Pandette nel medioevo. — Vol. 45, fasc. 1/3. Rossello, receptum argentariorum. — Namias, contributo alla teoria della ripetizione dell' indebito. — Grego, dei mediatori. — Castori, rivista di giurisprudenza penale.

Il diritto commerciale, Vol. 8. fasc. 3. — Gallavresi, se agli effetti della validità di un attestato di privativa italiano manchi di novità un trovato già attuato e conosciuto all' estero. — Olivieri, se i libri commerciali mancanti delle forme prescritte dall' art. 23 del cod. di comm. debbano legalmente considerarsi come inesistenti.

The New Jersey Law Journal, Vol. 13. — Nos. 4/7. Editorial notes.

DE ACQUISITIEVE VERJARING VAN RENTEN IN HET OUD-BRABANTSCH RECHT,

DOOR

Mr. W. BEZEMER,

Advocaat te 's Hertogenbosch.

Dat de extinctieve verjaring, krachtens welke rechten en rechtsvorderingen door langdurig niet-gebruik of niet-uitoefening te niet gaan konden, ook van toepassing was op de renten, of meer in het bijzonder op de grondrenten, werd in het Oud-Brabantsch recht algemeen erkend, zoowel door de costumen, welke zulks meermalen uitdrukkelijk vermelden, als door de rechtsgeleerde schrijvers, zij het ook dat dezen het dikwijls oneens waren over den aan die verjaring toe te kennen omvang en werking [1]). Eene andere vraag is het echter, of eene rente evenzeer door verjaring kon ontstaan, als zij daardoor kon te niet gaan, m. a. w. of in geval eene rente gedurende een zeker aantal jaren geregeld was betaald, daaruit voor den heffer het recht geboren werd om die voldoening ook verder te eischen, zonder dat men hem kon tegenwerpen, dat die rente niet in overeenstemming met de door het geldende recht gestelde vereischten was gevestigd. Het is aan dit vraagstuk dat ik eenige beknopte beschouwingen wensch te wijden.

In mijn academisch proefschrift heb ik getracht aan te toonen, dat de grondrente als Reallast voortgekomen is uit het cijnsrecht, doordat de geldschieters een aan hunnen schuldenaar toebehoorend onroerend goed in eigendom van

---

[1]) Vgl. mijn academisch proefschrift „*Bijdrage tot de kennis van het oude cijns- en grondrenterecht in Brabant*", pag. 157 vlg.

hem ontvingen, en het dan aan dien schuldenaar wederom ten cijnsrente uitgaven, waarbij dan de cijns niet zoozeer voor het gebruik van dat goed betaald werd, als wel een equivalent was voor de door hen onherroepelijk afgestane geldsom. In dit stadium werd dus de rente niet *door*, doch *aan* den eigenaar van het goed betaald, zoodat zij in haar juridisch karakter geheel en al op dezelfde lijn stond met den eigenlijken grondcijns. Later intusschen, toen men het beginsel was gaan erkennen dat onroerend goed, als eigendom, met lasten kon worden bezwaard, was de genoemde wijze van handelen (opdracht en teruggave) niet langer noodig, en ontstond de eenvoudige rentevestiging. Toen werd derhalve de rente *door* den eigenaar aan een derde betaald.

In het algemeen mag men zeggen dat het Brabantsche recht geen onderscheid kende tusschen de woorden census en redditus, en geene technische termen bezat om cijns en rente afzonderlijk aan te duiden. Door de schrijvers wordt meermalen met nadruk gewezen op het feit, dat ook de „census" een last was, gelegd op den *eigendom* evenals de rente, en dat bij de „datio ad censum" de *eigendom* van het goed in quaestie aan den verkrijger overging. De door dezen verkrijger te betalen census was dus eigenlijk niets anders dan eene voorbehouden rente, redditus reservativus of rente foncière. Waar het woord *census* voorkomt, heeft men daaronder gewoonlijk zulk eene voorbehouden rente te verstaan (hoewel echter census ook grondrente in het algemeen kan beteekenen), terwijl dan de gevestigde rente *redditus* of *redditus constitutivus* genoemd werd.

De eigenlijke uitgifte ten cijnsrechte, waarbij de cijnsheffer eigenaar bleef van het bezwaarde goed, schijnt in Brabant reeds vroegtijdig te zijn verdwenen, en te zijn vervangen door de genoemde vervreemding onder voorbehoud van rente. Wanneer men lasten aantreft, welke *aan* den eigenaar voldaan moeten worden, zal men in de meeste gevallen wel met emphyteusis te doen hebben. —

Of nu de eigenlijke cijns door verjaring verkregen kon

worden, is voor zoover mij bekend uit de geschreven rechten niet op te maken, aangezien deze niet spreken van het eigenlijke cijnsrecht. Ook weet ik niet dat de vraag door de rechtsgeleerde schrijvers wordt behandeld, zoodat ik slechts eene korte theoretische beschouwing kan geven.

Had degene, die gedurende zekeren tijd cijns had ontvangen, door verjaring recht op dien cijns verkregen? Daar de cijns aan den eigenaar van een goed ten gevolge eener door hem gedane uitgifte betaald werd, was hij een uitvloeisel van den eigendom, en kon men geen recht op een cijns hebben zonder tevens eigenaar van het bezwaarde goed te zijn. Het was dus onmogelijk om op welke wijze ook een cijns te verkrijgen, zonder tevens het goed, waarop hij drukte, evenzeer in eigendom te verkrijgen, zoodat men m. i. de vraag over de acquisitieve verjaring van cijns moet omzetten in de vraag, of een onroerend goed door verjaring kon worden verkregen, waarover natuurlijk geen strijd is.

Dat in de allereerste plaats *bezit* van het goed tot zoodanige verjaring gevorderd werd, behoeft naar mij dunkt geene moeilijkheden op te leveren. Zeer zeker was een cijnsheffer niet in het feitelijk bezit van het bezwaarde goed en kon dat ook niet zijn, doch ook de cijnsgever, de feitelijke bezitter, was niet meer dan bloote houder, en erkende het recht des eigenaars door zijne jaarlijksche betaling; hij was houder voor den eigenaar, als vertegenwoordiger des eigenaars. Waar dus iemand aan een derde betalingen deed van een door hem bezeten onroerend goed nomine census, was die cijnsheffer door den houder in het bezit van dat goed, en kon, bij het aanwezig zijn der overige vereischten, daarvan na verloop van tijd door verjaring eigenaar worden. Doch het was bepaald noodig dat zoodanige praestatiën werden gedaan *als cijns*, daar zij bij gebreke van dien niet vermoed werden als zoodanig te worden gegeven: omnis enim res libera et allodialis in dubio judicatur [1]).

[1]) Dat de praestatie werkelijk *als cijns* gedaan werd, zal soms uit de cijnsboeken op te maken zijn, wanneer (zooals dikwijls) de opteekening

De vraag, of eene Reallast op zich zelf wel voor afzonderlijk bezit vatbaar was, behoeft hier niet te worden opgeworpen, aangezien een cijnsheffer nooit eene afzonderlijke „Gewere am Zinse“ kon hebben, doch deze alleen een uitvloeisel was van en ten nauwste samenhing met de den cijnsheffer toekomende „Gewere am Gute“ [1]); op deze laatste alleen kwam het aan.

Hoe te oordeelen over de vraag, of, in geval geregeld een te hooge cijns betaald was, de cijnsheffer nu ook door verjaring het recht op dien hoogeren cijns verkreeg, zoodat er een nieuwe cijns naast den ouden ontstaan zou zijn? Wel is waar werd de cijns beschouwd als te zijn onroerend goed, en zou men dus de bepalingen over de acquisitieve verjaring van onroerende goederen naar analogie kunnen toepassen, doch ik zou dat niet zoo onvoorwaardelijk durven doen, aangezien genoemde bepalingen wel schijnen te handelen over de *verkrijging*, doch niet over het *ontstaan*, met welk laatste wij hier toch te doen hebben, en men het verkrijgen van een reeds bestaand (doch aan een ander toekomend) recht wel onderscheiden moet van het ontstaan van een nieuw recht. De boven gevolgde redeneering kan hier niet worden toegepast, want de cijnsheffer had reeds eigendom aan het goed, en kon dien dus niet meer door verjaring verkrijgen. Toch zou ik de vraag bevestigend durven beantwoorden. Wanneer men aanneemt, dat de Reallasten voor bezit vatbaar waren, zoo bestaat er m. i. geen reden om den cijns anders te behandelen dan de rente, die, zooals ik beneden hoop aan te toonen, wel degelijk geusucapieerd kon worden. Inderdaad geleek de aldus ontstane nieuwe cijns zeer veel op eene rente. Het kwam dikwijls voor, dat cijnsheffers aan hunnen cijnsplichtige een kapitaal gaven, waarvoor dan een nieuwe jaarlijksche cijns werd geconstitueerd; deze was dan juridisch wel is waar een cijns, als betaald

plaats had in 't bijzijn en op de verklaring van den schuldenaar.

[1]) Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 331.

wordende aan den eigenaar, doch wat zijn oorsprong en beteekenis aangaat eene rente, en kon daarin zelfs geheel overgaan, wanneer hij op de uitsluitend den cijnsman toekomende verbetering gevestigd werd. Men zou dus kunnen zeggen dat een cijnsheffer, wien naast den oorspronkelijken cijns nog eene praestatie gedurende eene lange reeks van jaren was gedaan, eene rente had geusucapieerd, doch daar men op zijn eigen goed geene rente kon hebben, moest eene zoodanige praestatie wel beschouwd worden als een cijns.

Wat de heerlijke cijnsen betreft, zoo schijnen sommige schrijvers een acquisitieve verjaring daarbij uitdrukkelijk uit te sluiten. Bij Christinaeus, *Practic. Quaest. Decis.* V dec. 47 § 43 lezen wij: „Subditi si dominis suis indebite tributa et laudemia solverunt, praesumuntur hoc fecisse per impressionem vel per errorem; ob id hoc eis non nocet nec praejudicat etsi longo vel longissimo tempore solverint". De *Comm. ad leg. municip. Mechlinienses* tit. 13 art. 36 add. zeggen ongeveer hetzelfde, dat n.l. bij gebreke van titel de heer verondersteld wordt „per vim vel metum censum extorsisse". Mogen wij hier nu het argumentum a contrario toepassen en, de genoemde bepalingen beschouwende als uitzonderingen op het gemeene recht, aannemen dat men in het algemeen wel acquisitieve verjaring van cijnsen kende?

Wanneer inderdaad bleek, dat men de heerlijke cijnsen van eene zoodanige verjaring heeft willen uitzonderen, dan zou men moeten vragen waartoe zulk eene uitzondering diende, wanneer het beginsel dat cijnsen geusucapieerd konden worden niet werd aangenomen. Ook de extinctieve verjaring wordt uitdrukkelijk bij de heerlijke cijnsen buitengesloten, daar deze daarbuiten hare volle werking had. Ik geloof echter, dat genoemde bepalingen niet zoozeer op te vatten zijn als uitzonderingen op de regels der verjaring, als wel op die over den bewijslast. Het bedrag van een cijns of eene rente kon in gewone omstandigheden bewezen worden door het cijnsboek, waartegen de schuldenaar het tegenbewijs moest

leveren, doch bij de heerlijke cijnsen schijnt alles aan te komen op den titel, zoodat wanneer de heer beweerde dat hij meer cijns te vorderen had, hij de verschuldigdheid van dat hooger bedrag moest aantoonen, al was er ook gedurende langen tijd een hooger bedrag betaald.

Dat het Germaansche recht de mogelijkheid van bezit der Reallasten erkende, is buiten twijfel [1]). Dit begrip, hetwelk aan het oudere recht vreemd geweest schijnt te zijn, is waarschijnlijk doorgedrongen onder den invloed van het Canonieke recht. Wie in het bezit was, moest daarin bij storing gehandhaafd en bij verlies hersteld worden [2]). Dit kan men ook in het Brabantsche recht aantreffen. Bij Christinaeus I dec. 72 § 21 leest men: „Deinde constat quod ipse percepit pensionem pluribus annis, ergo venit *manutenendus tamquam possessor*“.

Meermalen wordt melding gemaakt van het bezit van renten. Zoo de Mean, *Observationes ad jus Leodiensium*, obs. 148 § 4: „Solutiones autem annui reditus constituunt creditorem *in quasi possessionem reditus.*“ Obs. 226 § 11: „Jus annui reditus *quasi possideri* dicitur“. Het bezit werd ver-

---

[1]) Gerber, *System des Deutschen Privatrechts*, 458. Beseler, *System des gemeinen Deutschen Privatrechts*, § 80. Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, III 293. Bruns, t. a. pl. 201. Men leide dit echter niet af uit de zoo dikwijls voorkomende uitdrukking „Gewere am Zinse“, wat iets geheel anders is dan de juris quasi possessio. Volgens de meest aangenomen meening had de rentheffer in het oudere recht eene „Gewere am Boden“; vgl. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des Deutschen Sachenrechts*, 158; Arnold, *Zur Geschichte des Eigenthums in den Deutschen Städten*, 136; Bruns, t. a. p. 331; anders Stobbe in het *Zeitschr. für Deutsches Recht*, XIX, 190. Toen men later deze beschouwing liet varen, behield de rentheffer alleen een zakelijk recht op den bezwaarden grond, hetwelk zich uitte in de jaarlijksche rentebetaling; dat recht, afgescheiden van alle heerschappij over het goed, was de „Zinsgewere“.

[2]) Gerber, t. a. pl. 462. Schäffner, III 348. Savigny, *Das Recht des Besitzes* (6e Aufl.) 631.

kregen door de heffing der rente, als wanneer eene eenmalige heffing voldoende was [1]). Christinaeus I dec. 72 § 22: „Possessio pensionis probatur etiam ex unico actu"; de Mean, Obs. 661 § 18: „Ex unica solutione reditus annui eam recipiens constituitur in quasi possessione reditus"; Defin. 29 § 16: „Ex solutione autem vera et realis nascitur possessio". Zoo ook Molinaeus, *Tract. contract. usur.* q. 20 n°. 209 [2]).

— —

Overgaande tot de behandeling van mijn eigenlijk onderwerp, de acquisitieve verjaring van renten in Brabant, moet ik wijzen op twee belangrijke bepalingen uit het costumiere recht. *Costumen van Mechelen*, tit. 13 art. 36: „Die in possessie is eenen termijn van thien jaren te heffen eenige chijnsen pachten ofte renthen uijt crachte van sijnen chijnsboeck oft rolle, sonder ander bescheet van brieven daeraf te hebben, magh de erve van dengenen die den chijns, pacht ofte renthe betaelt heeft, oft van sijnen erfgenamen, doen beleijden ende uijtwinnen voor sijne achterstellen, niettegenstaende dat sij den rechten pandt niet en besaten, tot ter tijdt toe dat hij den heffer sijnen rechten pandt bewese ende soo veel dede dat hij daerop voordaen sijne betalinge sonder kalangie heffen mochte".

Costumen van Antwerpen, tit. 57 art. 31: „Item soo wie ghewoonlijck is ten minste thien jaren eenigen chijns ofte rente uijt sijn erve oft huijs te betalen, moet die blijven geldene, hoewel gheen brieven daeraf te vinden en sijn, ten ware hij conste ghetoonen alsulcke betalinghe bij erreur geschiet oft anderssins daerin niet gehouden te sijn, welcken

---

1) Bruns, t. a. pl. 202. Gerber, t. a. pl.

2) Onzeker is, wanneer het bezit verloren ging. Terwijl sommigen aannemen dat zulks geschiedde door het achterwege blijven der betaling op grond van tegenspraak van het recht des heffers, eischen anderen dat de heffer daarin berust hebbe; deed hij dat niet dan was er slechts stoornis in het bezit. Vgl. Beseler t. a. pl. § 80, 2. Duncker in het *Zeitschr. für Deutsches Recht*, II, 2, 78.

aengaende hij op sijn gheheel blijft tot hem obsteert de praescriptie van dertich jaren."

De in deze artikelen geschetste werking der tienjarige betaling eener rente, welke bij de schrijvers gewoonlijk voorkomt onder den naam *praescriptio decennalis*, is ook buiten het eigenlijk Brabantsch recht te vinden:

Costumen van Luik V, 3: „Celuy qui a fait payes et solutions dix années de cens ou rentes, jaçoit qu'ils ne posséderoient plus l'hypothèque sujette à telles rentes, si ne se peuvent ils exempter de continuer tel payement, jusques à ce qu'ils ayent contraint par effect les nouveaux possesseurs de passer telle recognoissance."

Costumen van Reckheim, cap. 61 art. 5: „Die thien agtereenvolgende jaaren eene en deselve rente heeft betaalt, moet deselve continueren, al konde hij daeraff geen brieven nog onderpanden vinden, in sooverre hij niet en kan betoonen dat alsulcke betalinge bij erreur of onschuldelijck sijn gedaan."

Men zal dadelijk inzien, dat de werking der hier vermelde tienjarige betaling niet op gelijke lijn te stellen is met eene eigenlijke verjaring, al kent men ook aan haar den naam praescriptie toe. Twee zaken toch worden op den voorgrond gesteld, vooreerst, dat de constitutiebrief der rente verloren is gegaan of althans niet voorhanden is, ten tweede, dat de betaler niet in het bezit is van het met de rente bezwaarde goed, zoodat men hier klaarblijkelijk gedacht heeft aan eene reeds bestaande rente, waarvan men den waren schuldenaar niet kon aanwijzen; daarom merkte men hem als zoodanig aan, die de rente gedurende een tijdsverloop van tien jaren voldaan had. Doch deze persoon moest natuurlijk de bevoegdheid behouden om te bewijzen, dat hij de betaling bij vergissing of onverschuldigd gedaan had, en dat het met de rente belaste goed zich in handen van een ander bevond.

Hiermede is niet in strijd wat wij bepaald vinden in de Costumen van Antwerpen (compilatae) III tit. 8 artt. 19 en 20: „Item die gewoon is renten oft cheijnsen te geven, daeraff brieven ende bescheet is, ende die thien jaren lanch

alsoo betaelt heeft, die moet deselve blijven gelden, alwaert oock dat hij die panden ofte erven niet en hadde oft besate.

Maer can de rentgever soo vele gedoen tsijnen coste, dat degene die de verbondene panden besitte de renten uijtte selven panden van dien voortaene tevreden sijn jaerlijcx te blijven gelden off af te quijten, soo blijft de eerste betaelder, mits opleggende den achterstel, daeraff voorts ontlast."

Wanneer men de rente altijd had beschouwd als een zuiveren zaaklast, dan waren deze artikelen moeilijk te verklaren geweest, aangezien dan de bezitter der onderpanden altijd voor de betaling aansprakelijk had moeten zijn, doch zulks was allerminst het geval. De meeste schrijvers over het Brabantsch recht verklaren de rente voor eene obligatio personalis; waarbij dan het bezwaarde goed niets was dan eene accessoire hypotheek [1]). In mijn proefschrift (pag. 128—132) heb ik getracht de onjuistheid dezer opvatting aan te toonen, doch ook de meening uitgesproken, dat men zulk eene persoonlijke verbintenis kan aannemen, in geval in den constitutiebrief de persoon des renteschuldenaars nevens het goed werd verbonden. En nu komt het mij voor, dat de aangehaalde artikelen juist een zoodanig geval op het oog hebben, zoodat hunne beteekenis dan deze zoude zijn: indien iemand, die in den constitutiebrief eener rente als schuldenaar wordt aangeduid, de bezwaarde goederen niet langer in zijn bezit heeft en desniettemin doorgaat de rente te betalen, zoo verliest hij na tien jaren het recht om zich op dat niet-bezit te beroepen, en zich dus van de verdere betaling der rente te bevrijden. Doch wanneer er geene brieven

---

[1]) Christinaeus, I dec. 367 § 8; *ad leg. Mechl.*, tit. 13 art. 39 n°. 14. Wijnants, *Supr. Cur. Brab. dec.* 190 § 4. Stockmans, *Dec. Cur. Brab.*, 82 § 1. Deckherus, *Diss. Jur. et dec. post.*, diss. 17 § 2, 7. Chassaneus, *Ad cons. Burg. tit. de censibus*, § 6. Kinschot, *Resp. sive cons. juris*, resp. 4 § 2. Anselmus, *Tribon. Belgicus*, p. 291 § 31. De Ghewiet, *Institutions du droit Belgique*, I 398. Vgl. ook Pothier, *Traité du contrat de bail à rente*, chap. 2, art. 2 § 3.

te vinden zijn (n.l. die hem als schuldenaar aanduiden, want anders heeft de tegenstelling geen zin) zoo behoudt hij de bevoegdheid om aan te toonen, dat de bezwaarde goederen in handen van een ander zijn, welke andere dus tot de betaling der rente verplicht is.

Zooals ik boven reeds zeide is hier dus niet aan eene eigenlijke verjaring te denken, doch hebben wij alleen te doen met bepalingen over den bewijslast. Terwijl in het algemeen de schuldeischer eener rente bewijzen moest, dat degeen dien hij aansprak de werkelijke schuldenaar was, zoo was hij van verder bewijs ontslagen, wanneer hij kon aantoonen dat aan hem tien jaren lang eene uniformis praestatio der rente was gedaan, en de betaler-gedaagde moest dan bewijzen, dat hij de ware schuldenaar niet was en onverschuldigd had betaald. Kon hij dat bewijs niet leveren, dan bleef hij voor de verdere betaling aansprakelijk, en werd dus als het ware een nieuwe schuldenaar naast den eigenlijken; het is dan in dien zin dat ik zou willen verklaren de woorden van de Mean, Obs. 150 § 7: „Haec obligatio inducta in bona eius qui decennio praestitit, est species fidejussionis".

Het is echter niet zonder reden, dat de schrijvers zoo dikwijls melding maken van *praescriptio* decennalis. Het zal zeker wel meermalen zijn voorgekomen, dat de constitutiebrief eener rente verloren gegaan, of misschien ook wel niet opgemaakt was, terwijl er geen speciaal onroerend goed als onderpand was aangewezen (immers renten konden ook in genere op het geheele vermogen gevestigd worden); in zoodanig geval had de eischer wel is waar geen anderen titel voor zijn recht dan de voortgezette betaling, doch was het van den anderen kant voor den gedaagde zeer moeilijk, zoo niet onmogelijk, om te bewijzen, dat hij niet tot de betaling verplicht was, en dat de reeds voldane renten onverschuldigd door hem waren betaald. Men veronderstelde, en zulks was niet onredelijk, dat niemand onverschuldigd gedurende langen tijd eene rente betalen zou, doch wanneer dat geschied was, zoo werd daaruit eene verplichting voor

de toekomst geboren, en in dien zin kan men dan spreken van verkrijging door verjaring. Door tienjarige betaling werd, altijd zoo het bewijs van het niet-verschuldigd zijn niet werd geleverd, eene verbintenis geschapen voor den betaler om met de voldoening door te gaan. Dit is in het kort de regel, dien men nagenoeg bij alle rechtsgeleerde schrijvers kan aantreffen.

Eenige hunner uitspraken wil ik hier aanhalen:

Molinaeus, quaest. 20 n^r. 205: „Constito autem de praestationibus causatis, requiruntur et sufficiunt decem continuorum annorum praestationes, tum quia ex tam frequentibus praestationibus satis apparet de veritate causae."

Peregrinus, *Decis. Patavinae*, dec. 53 § 8: „Quando allegantur praestationes annuae factae ex causa obligatoria, tunc si diuturnae fuerint per decem annos saltem, sufficiunt ad obligationem in futurum, nam per cursum longi temporis et ob uniformes praestationes insurgit valida juris praesumptio."

Chassaneus, *de censibus*, § 2 n°. 17: „Probata praestatione decennali praesumendus est titulus, ita quod debitor possit in futurum compelli".

Anselmus, *Tribon. Belg.*, p. 88: „Habuerunt (praestationes decennales) declarationem et expressionem sui ortus et causae, et praesumitur titulus esse bonus".

Anselmus, *Comm. ad edict. perpet.*, art. 21 § 18: „Annua uniformisque praestatio cuiuslibet in decennium facta ex causa expressa, inducit praesumptionem verae causae et tituli, habetque solutio causata vim et effectum promissionis de solvendo reditus in futurum".

Everhardus, *Consil. sive respons.*, 196: „Non praesumitur titulus allegatus ex probatione solutionis, nisi illa fuerit ad minus decennalis".

Wamesius, *Resp. sive cons. de jure pontif.*, 491 § 2: „Quae solutiones decennales inducunt non tantum probationem sed etiam in effectu constitutionem et obligationem".

Zypaeus, *Jur. pont. novi enarr.*, p. 65 § 2: „Si quis reditum annos decem solvit, tenetur continuare, nisi errorem probet".

Christinaeus, I dec. 217: „In nonnullis locis habetur praestatio decennalis loco tituli pro continuatione et petitione reditus".

In zijne geschriften over het Luiksche recht wordt meermalen hierover uitvoerig gesproken door de Mean.

Een te Hasselt in 1674 geslagen vonnis zegt: „Schepenen des oppergerichts des graeffschaps Loon resolveren, dat thien jaeren betaelinghe verbinden den solvent ende sijne goederen tot continuatie" [1]).

Eindelijk wijs ik nog op de costumen van Luik VII, 7: „L'on peut en vertu de dix payes continuelles et uniformes de cens ou de rente, poursuivre reëllement sur tous les biens immeubles de celuy qui les a fait".

Uit de boven geciteerde plaatsen zal gebleken zijn, dat eene tienjarige betaling als zoodanig niet voldoende was om eene verbintenis tot continuatie van betaling te doen ontstaan. Men kan eene dergelijke betaling wel is waar beschouwen als eene bekentenis van de zijde des betalers dat hij daartoe inderdaad verplicht was, doch daaruit blijkt nog niet, welke de aard en de omvang der schuld waren. Wanneer iemand, die gedurende tien jaren elk jaar eene zekere som betaald had, weigerde met de voldoening voort te gaan en dan daartoe in rechte werd aangesproken, zoo kon hij toch altijd aanvoeren of beweren, dat zijne verplichting niet eeuwigdurend was, doch slechts tijdelijk was geweest, of wel dat hij de betalingen had gedaan ex causa liberalitatis; in allen gevalle kon hij den eischer het bewijs opdragen dat het debitum inderdaad was perpetuum. En aangezien nu de eischer zijne aanspraak alleen op de tienjarige betaling baseerde, was hij tot het leveren van zoodanig bewijs buiten staat, en kon zijne tegenpartij dus niet dwingen om met de betaling voort te gaan. Derhalve was er, om aan de praestatio decennalis hare dwingende werking te verzekeren, nog

[1]) *Coutumes du comté Looz*, I 365 (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique).

iets noodig behalve de betaling alleen, en daarop is het dat de schrijvers doelen wanneer zij het vereischte stellen dat er betaald zij „ex causa expressa". Zoo lezen wij bij Molinaeus l. c. „Si annua et uniformis praestatio facta est *non expressa causa*, puta apparet quolibet anno Titium solvisse Sempronio, sed non apparet qua ratione, tunc non inducitur nec praesumitur obligatio annua pro tempore futuro". Men onderscheide deze causa van titulus. Immers de werking der praestatio decennalis ex causa was juist eene zoodanige, dat daardoor het bestaan van een titel werd gepraesumeerd. Wat wij nu onder die causa te verstaan hebben wordt weder het duidelijkst geleerd door Molinaeus (n°. 211): „Intelligitur de causa: quando illa praestatio est facta et continuata *expressim jure obligationis perpetuae*, sive tamquam reditus annuus et perpetuus debitus a solvente. Haec est enim sufficiens causa, *etiamsi numquam dicatur quo titulo debeantur*".

Het was dus noodig, dat de jaarlijksche betaling gedaan was als uitvloeisel eener eeuwigdurende schuld, eener rente. Zonder deze bijvoeging verplichtte zij tot niets, maar met die bijvoeging deed zij het vermoeden ontstaan, dat de rente werkelijk verschuldigd was en dat er een justus titulus aan ten grondslag lag. Doch ook moest de causa zijn obligatoria; betaling alleen uit liberaliteit, zij het ook als debitum perpetuum, deed geene verbintenis ontstaan, zooals wij o. a. vinden bij Chassaneus, *de cens.* § 2 n°. 24: „Non habet locum, quando allegatur titulus donationis". Dezelfde schrijver zegt in n°. 26: „Item res pro qua præstatur habetur pro causa". Ik zou meenen dat wij dit in dezen zin hebben op te vatten: wanneer iemand eene jaarlijksche præstatie doet als rustende op een hem toebehoorend onroerend goed, dan blijkt daaruit dat hij die præstatie als eene grondrente, dus als een debitum perpetuum beschouwt, zoodat er dan eene causa voorhanden is. Het is echter verkeerd te meenen, dat een rentheffer door de præstatio decennalis, al was deze van een bepaald goed gedaan, nu ook een werkelijk recht op dat goed verkreeg. Het voor eene rente verbonden

onroerend goed werd beschouwd te zijn als verbonden met hypotheek, en het „jus reale hypothecae" kon alleen op sommige bepaalde wijzen verkregen worden. De enkele aanwijzing van de zijde des schuldenaars, dat hij betaalde van een bepaald goed, had geen recht van hypotheek tengevolge. „Nuda demonstratio seu destinatio fundi, inde fiat solutio, hypothecam seu realitatem non inducit", zegt Wamesius, cons. 486 § 2. Zoo ook Deckherus, diss. 17 § 10: „Hypotheca non nisi ex consensu debitoris contrahitur; hic consensus nullo modo elucitur ex annua solutione multis annis continuata."

Door tienjarige solutio ex causa kon derhalve eene rente ontstaan, en in zoover heeft men recht om te spreken van eene *præscriptio* decennalis. Welk was nu het karakter van zulk eene rente?

Zooals ik reeds opmerkte, had eene tienjarige betaling niet de kracht om eene hypotheek te doen ontstaan; er waren dus geene speciale onderpanden, zoodat de rente dan geacht moest worden te zijn een redditus generalis, gevestigd op het geheele vermogen des schuldenaars. In dien zin spreken: de Mean, obs. 147 § 4: „Si constet solum de solutionibus, eo casu omnia et singula solventis bona praesumuntur obligata in futurum."

Zypaeus, t. a. pl.: „Si in genere petit, quia longo tempore solverit, praesumitur ob totum patrimonium solvisse."

Deckherus, diss. 17 § 4: „Probant annuae pensiones talem reditum, qui in avida obligatione personali, non in fundo consistat."

Christinaeus, *Comm. ad leg. Mechl.*, tit. 13 art. 36 § 3: „Qui alicui solvit certum reditum, censendus est eundem solvisse ratione omnium bonorum, sed si creditor pretendit eundem solutum ratione certi fundi, debet hoc probare."

Molinaeus, n°. 212: „Si constet solutiones factas esse juris reditus perpetui, habet creditor fundatam intentionem in reditu perpetuo in genere."

Wamesius, cons. 486 n°. 2. „Quamvis solutio confor-

mis inducat jus perpetui reditus, ipsa tamen praestatio semper personalis manet, etiamsi solutio facta esset de reditu debito super domo vel praedio solventis."

Er was derhalve geen sprake van eene eigenlijke grondrente, die speciaal op een onroerend goed gevestigd was.

Of eene zoodanige rente voor aflosbaar moest gehouden worden of niet, is niet met zekerheid uit te maken, en hing af van de rechten der verschillende plaatsen. Molinaeus n°. 213 zegt dat zulke renten moeten worden verondersteld als te zijn pecunia constituti, in welk geval men de regelen der aflosbaarheid dienaangaande te volgen heeft. Daarentegen verklaren Anselmus *Trib. Belg.* 92 en Wamesius cons. 506 § 7 zich voor de onaflosbaarheid, tenzij het tegendeel duidelijk blijke, terwijl Christinaeus I dec. 218 § 5 in het algemeen zegt: „redimibilis praesumendus est." —

Het schijnt dat de tienjarige betaling nog eene andere werking had dan de hierboven geschetste, en wel eene zoodanige, dat door haar werkelijk een zakelijk recht ontstaan kon.

Wanneer eene rente op een bepaald onroerend goed geconstitueerd werd, zoo waren daar verschillende sollemniteiten bij noodig, „sollemnitates inhaeredationis", volgens het Eeuwig Edict „coram magistratu rei sitae et intervenientibus actis publicis." Wanneer deze verzuimd waren, zoo bestond er eigenlijk geene hypotheek noch grondrente, doch het was toch zeer goed mogelijk, dat deze laatste als zoodanig telken jare van een speciaal onroerend goed voldaan werd. Had nu het tijdsverloop in zulk een geval dezelfde kracht als de vereischte, doch verzuimde sollemniteiten, m. a. w. werd eene niet behoorlijk en wettelijk tot stand gekomen rente door tijdsverloop geconfirmeerd? Stockmans spreekt over dit onderwerp in decisio 122 § 3, alwaar hij de leer verwerpt dat een tienjarig tijdsverloop zulk eene werking zou kunnen hebben, doch na verloop van 30 jaren zouden volgens hem de oorspronkelijke aan de vestiging klevende gebreken gedekt zijn. Wijnants ontkent in decisio 190 § 3 ook dat een dertigjarig tijdsverloop zoodanig zoude

werken, en dit voornamelijk omdat hij het zeer ongewenscht achtte „aperire portam hanc fraudibus et stellionatibus, quibus praecavendis Principes inhaeredationum necessitatem praescripserunt.“ Alleen bij de redditus reservativus zoude hij het willen toelaten, wijl men veronderstellen moest dat iemand, die zijn eigendom vervreemdde, zich daarop altijd een rente zou voorbehouden, doch niet bij een redditus constitutus. Zijne redeneering is zeker niet zeer juridisch, en de door hem opgegeven ratio moge eenige beteekenis hebben, deze is zeker zwakker dan de aan de verjaring ten grondslag liggende ratio, de rechtszekerheid. Indien elke renteheffer had moeten bewijzen, dat zijne rente misschien onheuglijke jaren geleden volmaakt volgens de door het positieve recht gestelde regelen was gevestigd, dan zou aan het renteverkeer zeer zeker een zware slag zijn toegebracht. Trouwens, Wijnants heeft zelf zijne gedachte niet consequent volgehouden, aangezien hij in decis. 217 verklaart, dat renten, welke door dorpen zonder het vereischte consent van den heer waren gevestigd, door eene dertigjarige betaling kracht en geldigheid erlangden.

De Mean spreekt zich duidelijk over deze quaestie uit, obs. 147 § 1: „Si coram tabellione vel chirographo contracta sit hypotheca vel initus contractus de annuo reditu, et decem annis successive fuerint solutiones, titulus reditus ex repetitis solutionibus *fiet realis.*“ En in defin. 522 § 13: „Si ex registro privatorum continente solutiones distinctas annui reditus in singulis annis decem iis completis *oritur jus reale hypothecae.*“

Volgens het Luiksche recht had dus tienjarige betaling eener rente ten gevolge, dat de bij de vestiging verzuimde vormen niet meer aan de wettigheid der rente konden hinderen, en het verleende, hoewel niet gerealiseerde zakelijk recht geldig werd.

Ik heb geene bewijzen mogen vinden dat elders in Brabant hetzelfde beginsel heeft gegolden. —

Dit is het wat ik te zeggen had over de praescriptio decennalis. Waar deze haren oorsprong genomen heeft is natuurlijk moeilijk na te gaan, doch naar alle waarschijnlijkheid is die te zoeken in het oude erfcijnsrecht. Waar het in vele gevallen moeilijk te bepalen was, wie de eigenlijke cijnsschuldige was en wat het bezwaarde goed, kon men er allicht toe komen om dengene aan te spreken, die den cijns een zeker aantal jaren had betaald. Eene dergelijke bepaling vindt men in de oudste rechten van Luik (13e eeuw), getiteld Li Paweilhars, § 56: „Et s'ilhe est alcuns hons cuy on vuelhe noyer alcun cens qu'il ayet sour altruy hiretaige, et chis qui le doit die qu'il n'est wie tant de cens que chis en demande en chis que on le doit pouvist mostreir par dois bonnes veritees et par ly, sour leur seriment, qu'on l'ayet payet à ly ou à ses devantrains telle somme de cens qu'il demande par plusseurs années par hiretaigez que chis doit tenir de ly, et chis qui le doit ne li assenne par devant ses tenants che qu'ilhe li doit et sour celle hiretaige et en ce lieu, cheis à quy ons doit le cens l'arat sour tout l'hiretaige de cely, de chi atant qu'ilhe ly arat asseneit sour hiretaige sufficant là ou ses cens serat bin et tout parloy, se dont cour ne warde l'hiretaige" [1]).

Men treft hierin dus hetzelfde begrip aan, 't welk wij bij de praestatio decennalis vonden, n.l. dat hij, die een cijns een tijd lang had voldaan, voortgaan moest hem te betalen, onder verband van alle zijne goederen, totdat aangewezen werd welk goed eigenlijk bezwaard was.

— —

Echter was de praescriptio decennalis geene eigenlijke verjaring, men verkreeg door haar geen onherroepelijk recht op eene rente. Er blijft mij dus over om te onderzoeken of dit laatste mogelijk was, m. a. w. of degeen die eene rente

[1]) De laatste woorden te vertalen: „à moins que la cour (censale) n'ait gardé le souvenir de l'héritage assujetti au cens", in welk geval de bepaling onnoodig was.

langen tijd, zij het ook onverschuldigd, had betaald, daardoor werkelijk schuldenaar der rente werd, zonder dat hij den schuldeischer kon tegenwerpen dat zijne betalingen onverschuldigd waren geweest.

Het costumier recht bevat verschillende bepalingen over de acquisitieve verjaring van renten, voorzoover deze gerekend werden tot de onroerende te behooren. De costumen van Antwerpen (antiquissimae) zeggen in tit. 14 art. 2:

„Item een die besidt eenige onroerende goederen *ofte renten*, die vercrijght recht bij prescriptie" en wel na 17, jaren, 17 weken en 17 dagen. Het Gulde Boeck derzelfde stad vereischt in art. 71 18 jaren, 18 weken en 18 dagen, terwijl de costumen „in antiquis" den tijd van 30 jaren stellen. De costumen van Valenciennes bepalen hiervoor in art. 93 een tijd van 20 jaar inter praesentes en 30 jaar inter absentes; die van Chimay cap. 11 art. 1 met dezelfde onderscheiding 10 en 20 jaar, doch zoo er geen goede trouw was 30 jaar. Te Namen (costumen art. 33) vindt men 22 jaar.

Lessius *de just. et jure*, lib. 2 cap. 6 dub. 8 verklaart dat wat door hem over de praescriptio immobilium geleerd wordt ook van toepassing is op census en redditus. Doch het is niet duidelijk hoe men dit alles op te vatten heeft, er blijkt niet dat bedoelde bepalingen het oog hebben op het *ontstaan* eener rente, en niet op het door usucapio *verkrijgen* van eene reeds bestaande rente. Hetzelfde is het geval met wat wij lezen bij Copes, *ad consuet. Buscod* tit. 24: „Casus se obtulit: maritus et uxor possederunt reditum sine titulo per aliquot annos, ipse moritur uxor vero usufructuaria tam diu vivit, *ut hic reditus sit praescriptus*". Ook dit kan eene reeds bestaande rente zijn geweest.

Er zijn echter ook bepalingen te vinden, welke het m. i. buiten twijfel stellen of men kon ook eene nieuwe rente usucapieeren door langdurig bezit. B. v.:

Costumen van Antwerpen (compilatae) tit. 8 art. 18: „Soo wanneer men eenigen chijs ofte rente dertich jaeren lanch heeft

betaelt, alsdan en wort men niet ontfangen om te bewijsen dat die bij dolinge is gedaen".

Costumen van Reckheim, cap. 61 art. 6: „Wanneer eenen rentgever dertig jaaren agtervolgende eenige renten heeft betaalt, alsdan en word hij niet ontfangen tot bewijs van erreur ofte onschuld, maar moet die rente blijven betalen".

In een vonnis van 1 Juli 1704 leest men: „Schepenen resolveren dat dertighjaerige betalinghe recht reël is opereerende, ook in praejudicie van een derden crediteur" [1]).

En in een van 22 Febr. 1718: „Schepenen resolveren dat een en twintig jaren successive betaelingen, soo ende gelijckerwijs dieselve gerequireert worden, anterieur aan een realisatie door eenen derde op de goederen van den solvent geprocureert, recht reël preferabel geven op dieselve goederen" [2]).

Den 17 Maart 1731 vinden wij een vonnis van den Grooten Raad van Namen: „que vingt-deux payes uniformes d'une rente engendraient realité et avoient force de réalisation sur les biens du payeur" [3]).

In eene enquête tourbière naar aanleiding hiervan ingesteld, leest men: „les temoins ont declaré unanimement, que le credirentier acquiert *par préscription* un droit réel sur les biens" [4]).

Ook de rechtsgeleerde schrijvers schijnen eene dergelijke verjaring te hebben erkend. In de reeds meermalen geciteerde plaats spreekt Zypaeus van de „completa praescriptio triginta annorum", na welke het niet meer geoorloofd was zich op errores te beroepen. Zoo ook Molinaeus (n°. 206): „Si essent praestationes causatae continuatae per triginta annos, creditor etiam allegare potest *se usucepisse*, id est non solum probationem seu praesumptionem juris, sed etiam *juris novi acquisitionem*, casu quo non debet amplius admitti debitor ad probandum de errore vel de indebito".

---

[1]) *Coutumes de Looz*, I 643.

[2]) Ibid. II 44.

[3]) *Coutumes de Namur* I 213.

[4]) Ibid. I 243.

Christinaeus, I dec. 54 § 5: „(Fides adhibetur) ex diuturna et liga praestatione viginti vel triginta annorum, quae praestatio sufficit per se ut in posterum exigatur“.

Vgl. verder Chassaneus, t. a. pl. n°. 9. Christinaeus, *ad leg. mun. Mechl.*, tit. 12 art. 8. Peregrinus, dec. 53 § 4. Deckherus, d. 17 § 8 e. a.

Wij hebben gezien, dat bij de praescriptio decennalis het aanvoeren eener causa vereischt werd, zonder hetwelk zij geene werking kon hebben. De vraag is nu, of zulks ook bij de eigenlijke verjaring gevorderd werd.

Anselmus, *Trib. Belg.*, 88 ontkent dit: „Non est necesse probare aliam causam, quia tanti temporis cursus habet vim constituti.“

Everhardus, cons. 107 § 5 zegt ongeveer hetzelfde: „Cursus tanti temporis habet vim tituli, nec obstat quod non specificatur causa“.

Evenzoo spreekt zich uit Wamesius cons. 487 § 1, alwaar hij aan de dertigjarige verjaring werking toekent „etiamsi de aliqua causa non constet“.

Alleen Molinaeus spreekt van praestationes *causatae* continuatae per triginta annos.

Ik zou meenen dat de schrijvers inderdaad recht hebben met geene causa te vorderen. Bij de tienjarige verjaring was het geval anders; al had iemand tien jaren lang eene praestatie gedaan, zoo stond het daarom nog volstrekt niet vast dat hij zulks gedaan had „tamquam de debito perpetuo“ en men mocht dit niet alleen uit het feit der betaling afleiden. Doch in geval iemand dertig jaren was voortgegaan te betalen, dan lag het vermoeden voor de hand dat zulks wel degelijk het uitvloeisel was van een debitum perpetuum, zoodat men dit laatste veilig kon aannemen, te meer nog wijl de debiteur, zoolang de termijn niet geheel was vervuld, altijd het tegendeel mocht aantoonen.

Er ontstond derhalve door dertigjarige betaling werkelijk eene schuld, eene altijddurende rente, doch ook niet meer. Zulk eene schuld drukte op alle goederen des debiteurs, zij

was een redditus in genere en niet gevestigd op een bepaald goed. Er blijft nu alleen nog over om te onderzoeken, of er door praescriptio ook eene werkelijke grondrente kon ontstaan. Over deze vraag heb ik maar weinig licht kunnen vinden; alleenlijk wordt zij aangeroerd door Deckherus diss. 17, die het schijnt te ontkennen; volgens hem moest ieder, die beweerde dat zijne rente op een speciaal onroerend goed gevestigd was, zulks bewijzen, waartoe de enkele betaling als zoodanig niet voldoende was. Dit aannemende moet men er zich over verwonderen dat er nog in deze eeuw zoovele renten zijn, op bepaalde goederen gevestigd, immers daar de oorspronkelijke constitutiebrieven gewoonlijk verloren zijn gegaan, is het voor den crediteur in de meeste gevallen onmogelijk om rechtens te bewijzen, welk goed zijn onderpand is. In vroegere procedures, waarin kerken, kloosters, enz. als eischers optraden, werden door deze hunne cijnsboeken als bewijsmiddel geproduceerd, om daaruit aan te toonen dat de gevorderde renten langen tijd van een bepaald goed voldaan waren, hetgeen bij het volgen der meening van Deckherus hoegenaamd geen effect zou hebben gehad.

De kracht der praescriptio triginta annorum was, dat zij had eene „vis tituli et constituti." Waar reeds door de praestatio decennalis gebreken in de vestiging gedekt werden, zoo was dit hier natuurlijk nog te meer het geval. Wanneer iemand dertig jaren lang eene rente betaalde, dan werd hij daardoor werkelijk renteschuldenaar; waarom zou nu een onroerend goed, waarvan dertig jaar lang eene rente voldaan was, daardoor niet voor de rente verbonden kunnen worden?

De ratio voor beide gevallen is geheel dezelfde. Als Deckherus zegt „hypotheca non nisi ex consensu debitoris contrahitur", zoo kan men daarop antwoorden, dat de consensus hier zeker genoeg gebleken was ex facto; en zoo men mij mocht tegenwerpen dat tot het vestigen van een zakelijken last zekere formaliteiten geëischt werden, dan wijs ik er op dat het geheele instituut der verjaring juist

ten doel heeft te confirmeeren of te doen ontstaan, wat anders niet wettig of in 't geheel niet bestaan zoude. Zoo mochten de dorpen uit de Meierij geene renten constitueeren sine licentia Principis, doch wanneer zij zulks toch gedaan en de rente gedurende dertig jaar betaald hadden, was de informaliteit gedekt. Ditzelfde nu kan m. i. algemeen worden toegepast.

Eene rente kon niet gevestigd worden dan met inachtneming van bepaalde vormen; als zulk eene vestiging niet was geschied en de rente werd niettemin betaald, erlangde zij na zekeren tijd een wettig bestaan. Evenzeer kon eene *grond*rente niet worden geconstitueerd dan op eene bepaalde wijze; waarom zou ook dit gebrek niet door tijdsverloop kunnen worden gedekt?

Mijne conclusie is dus, dat in het Brabantsche recht zoowel de acquisitieve als de extinctieve verjaring hare toepassing had in het renterecht.

ONEIGENLIJKE DWALING,

DOOR

Mr. J. F. HOUWING,
Advocaat te Leiden.

In ons proefschrift *Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht* hielden wij vast aan de, sedert Savigny algemeen gebruikelijke en bij ons vooral door Opzoomer voorgestane, onderscheiding tusschen eigenlijke en oneigenlijke dwaling. Deze methode scheen ons een noodzakelijk kwaad. Want zij was, meenden wij, de eenige weg, om de heerschende meeningen over het vraagstuk behoorlijk te kunnen overzien, en, zoo noodig, met vrucht te bestrijden.

Verschillende omstandigheden waren de oorzaak, dat wij ons destijds, bij de behandeling van het eigenlijke vraagstuk, tot de eerstgenoemde der beide categorieën moesten bepalen, en het laten bij de poging, om te haren opzichte het beginsel vast te stellen, dat voor de in ons wetboek opgenomen casuïstiek in de plaats zoude moeten treden.

„De noodzakelijke uitbreiding van dat beginsel ook tot de oneigenlijke (dwaling), waar het trouwens door de praktijk bijna zonder uitzondering wordt toegepast," — aldus beloofden wij in de Voorrede —, „ziedaar, waarop wij na het thans behandelde wilden wijzen. Dan zoude tevens de gelegenheid gegeven zijn, de verbroken eenheid in het leerstuk te herstellen, terwijl als van zelve ons standpunt gebleken was tegenover de kwestie „Wil of vertrouwen"".

Ter inlossing dier belofte diene thans dit opstel.

Den 17en Januari 1856 ontving de firma Isaak Weiller en Zonen te Frankfort een telegram van dezen inhoud;

„J. J. Weiller Söhne Frankfurt a/Main. Verkaufen Sie 1000 Stück Österreichische Creditactien bis 110 Bexbach bis 152, Antwort telegraphisch.“ Aan deze opdracht werd terstond voldaan, de aangeduide papieren voor rekening van Oppenheim verkocht, en van dezen verkoop om drie uur per telegraaf kennis gegeven. Om zeven uur echter antwoordde Oppenheim, eveneens per draad, dat hij bezwaar maakte de negotie te erkennen; immers niet tot verkoopen, maar tot koopen had hij last gegeven: de telegrafist had de oorspronkelijke depêche verkeerd overgeseind.

Ziehier een modelgeval van hetgeen men in de wetenschap gewoon is, als onechte of oneigenlijke dwaling aan te duiden [1]).

Wat behoort nu in zoo'n geval rechtens te zijn?

De vraag is niet alleen van theoretisch belang. Want wat geschiedde? Oppenheim weigerde de papieren over te zenden; wilde Weiller dus aan zijne verplichting tot levering jegens den kooper voldoen, dan moest hij ze zich aanschaffen. Hiertoe ging hij dan ook den 31n Januari over; doch intusschen was de koers belangrijk gestegen, zoodat eene schade werd geleden van 61,178 gulden.

Wie moet nu dat geld betalen?

De rechtbank te Keulen, aan wier oordeel de zaak werd onderworpen, ontkende het bestaan eener overeenkomst tusschen Weiller en Oppenheim, doch veroordeelde den laatsten tot betaling der geleden schade, omdat hij, door zich van zulk een onbetrouwbaar middel, als de telegraaf, te bedienen, eene onvoorzichtigheid had begaan, waarvan hij de gevolgen zelf te dragen had [2]).

Een geheel andere oplossing wordt door Diephuis voorgesteld [3]). De telegraaf, dus redeneert de Hoogleeraar, is het middel, waarvan Oppenheim zich bediend heeft, om zijn

---

[1]) Zie over deze benaming en hetgeen men gewoon is daaronder te verstaan, mijn Proefschrift, blz. 47—57.

[2]) Het vonnis wordt in zijn geheel medegedeeld door Reyscher, *Urtheil zu Köln* in *Zeitschrift für Deutsches Recht*, XIX, bladz. 456.

[3]) *N. B. R.* (*Systeem*), II (1873), bladz. 175 vlg. j° blz. 101 vlg.

aanbod ter kennis van Weiller te brengen. Wordt door dit middel het aanbod verkeerd overgebracht, dan zullen dezelfde beginselen moeten gelden, als wanneer Oppenheim zelf zich versproken had. Men zal zich dienen te stellen op het standpunt der tegenpartij. Moest deze uit den onderlingen samenhang der tot haar gerichte verklaring, of uit het verband daarvan met van elders bekende omstandigheden, het abuis bemerken, dan kan zij niet vorderen, dat de overeenkomst naar den inhoud der verklaring was tot stand gekomen. Bestond echter, gelijk in ons geval, daarvoor geen aanleiding, dan had zij er recht op, dat de overeenkomst werd beschouwd als overeenkomstig de verklaring tot stand gekomen: de ander mag niet haar bestaan ontkennen met een beroep op de vergissing, die alleen hem zelven was te wijten.

Men ziet — in resultaat komen beide beslissingen op hetzelfde neer: zij laten Oppenheim betalen. Maar men ziet ook — in beginsel staan zij lijnrecht tegenover elkander. Immers, hetgeen Diephuis Oppenheim laat betalen, is hij op grond der tot stand gekomen overeenkomst verschuldigd: het is het zoogenaamde *Erfüllungsinteresse* der Duitsche geleerden. Wat daarentegen de Keulsche rechtbank hem laat betalen, is hij verschuldigd ter vergoeding der schade, die zijn onvoorzichtig voorspiegelen eener niet tot stand gekomen overeenkomst aan de andere partij heeft berokkend: het is het zoogenaamde *negative Vertragsinteresse* der Duitsche geleerden.

Welke der beide oplossingen is nu de juiste?

Indien eenvoud ook in rechte het kenmerk van het ware mag zijn, ongetwijfeld die van den Groninger hoogleeraar. Of wil men ontkennen, dat er aan het betoog der Keulsche rechtbank iets bijzonder gekunstelds kleeft?

Allereerst reeds die bewering van onvoorzichtigheid, van schuld bij Oppenheim, waarop steunt zij? Daarop, dat hij, voor zijne mededeeling, van een zoo onbetrouwbaar middel, als de telegraaf, zich bediend heeft. Maar doet zoo niet

ieder particulier in de gewichtigste aangelegenheden? Doet het niet de Staat zelf? Is een goed huisvader zelfs niet in vele omstandigheden verplicht zoo te handelen? Men stelle zich voor, wat er van iemands zaken zoude terecht komen, zoo hij alles persoonlijk ging bespreken. En daartoe zoude men ten slotte moeten komen: naar dezen maatstaf genomen zijn post en bode evenmin betrouwbaar.

Men erkenne het gerust: die schuld is hier niets, dan eene fictie. Zij is het hier zoowel als elders, waar zij denzelfden dienst moet doen: in de gevallen dat iemand zich versproken of verschreven heeft. Want dat men zich verspreekt is menschelijk en onvermijdelijk, evenzeer als het menschelijk en onvermijdelijk is, dat schrijffouten, zelfs bij de grootste oplettendheid, over het hoofd worden gezien.

Waartoe nu al die omhaal?

Omdat men gevoelt, dat hij, tot wien eene verklaring gericht wordt, en die, bij de beoordeeling dier verklaring, met de meest mogelijke omzichtigheid is te werk gegaan, zich op haar inhoud moet kunnen verlaten. Omdat men moet erkennen, dat de goede trouw dit eischt, en dat, zonder met dien eisch rekening te houden, geen verkeer onder menschen mogelijk is.

Maar waarom dan niet rechtstreeks op het doel afgegaan? Waarom niet eenvoudig geredeneerd: zonder goede trouw geen verkeer; de ontwikkeling van het verkeer te bevorderen, beschouwt de rechtsorde als een harer eerste verplichtingen; wie het doel wil, moet ook de middelen willen; derhalve dient het recht zich in dienst der goede trouw te stellen, en, waar deze het eischt, de betrouwbaarheid der verklaring aan hem, tot wien ze gericht was, te waarborgen?

Dat ware de rechte weg geweest. Waarom hem niet ingeslagen?

Omdat hij leidde tot de leer, dat het enkel veroorzaken der schade, zonder meer, tot hare vergoeding zoude verplichten. Die leer nu vond men ongehoord, en in strijd met de algemeene rechtsbeginselen.

Derhalve: waar een nadeel, dat alleen A. of B. treffen kan, door een daad van A., zonder zelfstandige medewerking van B., is berokkend, daar is niet A., maar B. gehouden het te dragen! Althans, zoo eischen het, volgens Zitelmann [1]), Pernice [2]), Enneccerus [3]), en, klaarblijkelijk ook volgens de Keulsche rechtbank, de algemeene rechtsbeginselen.

Maar eischt dat ook het rechtsgevoel? Of zal dit oordeelen: A. moge onschuldig zijn, B. is in elk geval nog veel onschuldiger, weshalve het onbillijk is hem, en niet A., met de schade te belasten [4])? En is het nu de ware juridieke methode, om deze stem van het rechtsgevoel, ter wille van vooropgestelde, willekeurig aangenomen rechtsbeginselen, te smoren?

De Romeinsche juristen en ook de Nederlandsche wetgever hebben er anders over gedacht. Zij hebben niet geaarzeld om, waar het billijkheidsgevoel en het verkeersbelang het eischten, de eene partij met de schade te belasten, om geen andere reden, dan dat de andere partij correct had gehandeld [5]).

Ligt het nu niet voor de hand, in gevallen als de onze naar dezelfde beginselen te beslissen? Eisele [6]) en Unger [7]) hebben het ingezien. Onomwonden spreken zij het uit, dat

---

[1]) *Jahrb. f. Dogm.*, XVI (1878), bladz. 416 vlg.

[2]) *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, XXV (1880), bladz. 123.

[3]) *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (Marburg, 1888). Erste Abth., blz. 83 vlg.

[4]) In dezen zin Bähr, *Jahrb. f. Dogm.*, XIV (1877), bladz. 407; en vooral Bekker, *System des heutigen Pandectenrechts* II (Weimar, 1889), bladz. 61.

[5]) Wij wijzen slechts, om van de aedilicische acties (artt. 1540 vlg. B. W.) niet te spreken, op l. 11 § 4 Dig. XIV, 3; l. 15 Dig. XVII, 1; l. 62 (61) Dig. XLVII, 2; l. 62 § 1 Dig. XVIII, 1, en op art. 1846 B. W., dat den lastgever aansprakelijk stelt voor de nadeelen, welke de lasthebber lijdt ter *gelegenheid* van de uitvoering van den last, „mits hem te dien opzichte geene onvoorzichtigheid te wijten zij".

[6]) *Jahrb. f. Dogm.*, XXV (1887), bladz. 414 vlg.

[7]) *Zeitschr. f. d. Priv. und Öffentl. Recht der Gegenwart*, XV (1888), bladz. 673 vlg.

de rechtsorde dengene, tot wien eene verklaring gericht wordt, en, die bij hare beoordeeling, zich geene zorgeloosheid laat ten laste komen, de betrouwbaarheid dier verklaring moet waarborgen.

Alzoo zoude men meenen, dat Eisele nu ook in ons voorbeeld, met Diephuis, den afzender van het telegram, op grond eener tot stand gekomen overeenkomst, verbonden verklaarde. Men zoude zich echter vergissen. Eisele, thans, niet minder dan van Beyma [1]) en Willeumier [2]) vroeger, zoude die oplossing als eene ongerijmdheid verwerpen.

Waarom?

Wraakt hij misschien de door den Hoogleeraar aangenomen analogie van het verminkte telegram met het zich verspreken?

Wij zien niet in, hoe hij van zijn standpunt het zoude kunnen. Wel kon het Pernice [3]), want deze legde den nadruk op de innerlijke toedracht der zaak bij hem, die de verklaring afgaf. En van dit uitgangspunt beschouwd, bestaat er tusschen de beide gevallen een wezenlijk verschil. Bij het telegram was een vreemde macht komen ingrijpen, en had de verklaring een anderen inhoud gegeven, dan de spreker er in gelegd had. Geheel anders bij het zich verspreken. De geest staat in onmiddellijke betrekking tot de ledematen; van een macht, die zich tusschen beiden instelt kan hier — trots Hölder's betoog van het tegendeel [4]) — geen sprake zijn. Wie derhalve zich verspreekt, heeft eerst zich verdacht, zoodat, wat hij zeide, op stuk van zaken zijn gedachte en dus zijn wil weergeeft. Tenminste zoo leert het

---

[1]) P. J. van Beyma, *De vergoeding van schade ontstaande uit het niet rigtig overkomen van telegrammen.* Proefschrift (Leiden, 1862), bladz. 37 vlg.

[2]) C. M. J. Willeumier, *Het Telegraafrecht. Verhandeling over de rechtsvragen, waartoe het gebruik van de telegraaf aanleiding geeft,* (Amsterdam, 1867), bladz. 145.

[3]) T. a. p., bladz. 122.

[4]) *Krit. Vierteljahresschr.*, XIV (1883), bladz. 561 vlg. Zie mijn Proefschrift, bladz. 27 vlg.

de psychologie, zoodat wie met Pernice aan haar een stem in het kapittel geeft, de gelijkstelling van beide gevallen mag wraken.

Maar voor Eisele geven, evenmin als voor Diephuis, de psychologische verhoudingen bij hem die de verklaring afgaf den doorslag: hij plaatst zich op het standpunt van dengene, tot wien ze gericht was. Hij vraagt, wat in diens belang door de goede trouw, om der wille van de zekerheid van het verkeer, geëischt wordt. Naar dien maatstaf nu staan beide gevallen volmaakt gelijk, en het is zeer zeker een zonderlinge inconsequentie van Willeumier, om bij het telegram af te keuren, wat hij bij het verspreken billijkt.

Maar zoo Eisele geen reden had, ter wille van de gelijkstelling van het verminkte telegram met het zich verspreken, eene beslissing, als van Diephuis, te verwerpen, waarom wraakt hij ze dan wel?

Omdat bij die beslissing wordt aangenomen, dat tusschen Oppenheim en Weiller eene overeenkomst is tot stand gekomen. Daarmede geeft Diephuis aan de rechtsorde eene macht, die zij onmogelijk hebben kan. „Das Recht kann bestimmen: damit ein Vertrag Rechtswirkungen habe, verlange ich das und das; aber es kann nicht bestimmen: das und das soll ein Vertrag sein [1]).“ Of, gelijk de raadsheer Feith, geheel in den geest van den Duitschen hoogleeraar, het uitdrukt: „Geen overeenkomst denkbaar zonder overeenstemmenden wil van partijen..... A. wil verkoopen, B. wil koopen: zij geven elkander hun daartoe strekkend voornemen te kennen, en in die samenkomst van beide voornemens ligt de overeenkomst. Wat het woord taalkundig en rechtskundig anders beteekenen kan, is mij niet duidelijk [2]).“

De praemisse toegegeven, is Eisele's houding tegenover ons geval inderdaad onberispelijk. Onberispelijker dan die van zijn Nederlandschen medestander in de zaak van den

---

[1]) T. a. p., bladz. 439.

[2]) *Gids*, XIX (1881), 2e deel, bladz. 369.

impressario, die Adeline Patti wilde engageeren, doch tot haar naamgenoot Carlotta, bij vergissing, zijn aanbod richtte. Hier meent Feith te moeten onderscheiden. „Indien hij, Adeline Patti willende aannemen, een brief schrijft aan Carlotta, met haar juisten naam en woonplaats, die niet anders bevat, dan zijn voorstel, dan is de overeenkomst tot stand gekomen..... Maar schreef hij haar, dat hij haar had hooren zingen op een concert, waar niet zij, maar hare zuster opgetreden was, en dat hetgeen hij daar van haar gehoord had de aanleiding was tot zijn aanbod, dan is er geene overeenkomst [1]).“ De geleerde Schrijver houde het ons ten goede, wanneer wij niet kunnen inzien, hoe deze onderscheiding met de vooropgestelde rechtskundige beteekenis der overeenkomst, als een samenkomst van twee voornemens, is te rijmen. Want het voornemen, om Carlotta te engageeren, bestond immers in het eene geval zoomin als in het andere: de omstandigheid of Carlotta al of niet iets bemerkte, kan daaraan niets veranderen. Wil dus Feith zijn rechtskundig begrip van overeenkomst handhaven, dan zal hij, in zake Patti zoowel als in zake Weiller, met Eisele en Unger, een anderen uitweg voor zijn billijkheidsgevoel moeten zoeken. Wil hij omgekeerd in beide gevallen met Diephuis ééne lijn trekken, dan zal hij van zijn rechtskundig begrip van overeenkomst afstand moeten doen.

Welke de keuze zijn zal?

Men make zich geen illusies.

Want zelfs Diephuis, die, uitgaande van de beschouwing der bijzondere gevallen, alzoo langs inductieven weg, een overeenkomst wist te construeeren, die Willeumier, van Eisele's en Feith's standpunt, een ongerijmdheid noemde, zelfs Diephuis leert, waar hij ex professo de dwaling behandelt [2]): „dat bij vergissing ten aanzien van den aard en het wezen der overeenkomst, van een geldig

---

[1]) T. a. p., bladz. 181.
[2]) T. a. p., bladz. 70.

contract geen sprake kan zijn". En waarom niet? „Werkelijk is er dan geen overeenstemmende wil verklaard, en bestaat er dus geene overeenkomst."

Scherp waarnemen en consequent redeneeren, was de eisch door Pijnappel den jurist voorgehouden [1]).

Aan scherp waarnemen laat de Hoogleeraar het hier zeker niet ontbreken. Maar consequent redeneeren? Verliezen wij uit het oog, wat wij jegens den Nestor onzer rechtsgeleerden aan eerbied schuldig zijn, zoo wij het vermoeden uitspreken, dat ook hem daartoe het rechtskundig begrip van overeenkomst te machtig was?

Waarop steunt dat machtige begrip? Waarom kan een overeenkomst niets anders zijn, dan een overeenstemming der willen; een samenkomen der voornemens, een samentreffen der gedachten, zoodat, waar gelijk in ons voorbeeld, hiervan geen sprake kan zijn, de verbintenis moet achterwege blijven?

Vernemen wij het van hem, die ten onzent zich de meeste moeite gegeven heeft het te betoogen, van Opzoomer.

„De mensch" — aldus de Hoogleeraar — „is persoon en daardoor tot zelfstandig ingrijpen in den loop der dingen geroepen. Hij heeft een wil, en wat door dien wil gekozen wordt moet gelden, zoo geen hooger en beter, krachtiger wil er zich tegen verzet. Om dien wil, om die persoonlijkheid wordt zelfs het bloote bezit geëerbiedigd; alleen op dien wil, op die persoonlijkheid rust ook de verbintenis [2])."

Alzoo de leer, zonder wilsovereenstemming — in den zin van een samentreffen der gedachten — geen overeenkomst, vindt, naar Opzoomer, hare verklaring in de door het privaatrecht nu eenmaal erkende souvereiniteit van den wil: zij is van dat algemeene beginsel de bijzondere toepassing. Of, gelijk Zitelmann het uitdrukt: „Dem Willen der Person will man Rechnung tragen? gut, dann soll die Rechtsfolge nur dann

[1]) *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereeniging*, 1882, II, bladz. 132.

[2]) *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, V (1879), bladz. 29.

eintreten, wenn die Person sie begehrt [1])." Men ziet, de gedachte is dezelfde, als die van Opzoomer; alleen de vorm verschilt. Maar juist de vorm, waarin zij door Zitelmann is gegoten, is beter dan eenig andere geschikt, het onwaarschijnlijke der gedachte aan het licht te brengen.

„Dem Willen will man Rechnung tragen." Maar wie is die „men"? Natuurlijk de rechtsorde, of, verlangt men een meer dagelijksche uitdrukking, de wetgever. Doch wie is die wetgever? Men zal wel doen, in deze ingewikkelde materie laag bij den grond te blijven, en vooral de werkelijkheid niet uit het oog te verliezen. Die wetgever is geen éénhoofdig persoon, die, als ware hij een denkend geleerde, bezield en gedreven wordt door de zucht, om een vooropgesteld dogma consequent en angstvallig door te voeren. De wetgevende macht bestaat uit verschillende factoren, en die factoren weer uit verschillende individuen, die door verschillende beginselen geleid, en door verschillende motieven bepaald worden. Reeds bij de meest eenvoudige wetten is het daarom gevaarlijk van één leidende gedachte te spreken, die er, door een verpersoonlijkten wetgever, aan ten grondslag zou zijn gelegd. Hoeveel te meer dan, bij het ingewikkeld samenstel van rechtsbepalingen, dat op de leer der overeenkomsten betrekking heeft. Wat elders althans zich nog denken laat, is hier geheel onmogelijk. Een volledig contractenstelsel, dat bruikbaar is en zonder innerlijke tegenstrijdigheden, kan een enkel mensch niet uitdenken; zelfs een wetgever vermag het niet te ontwikkelen: het kan alleen door een practijk van eeuwen, onder den drang van de behoeften van het leven, tot stand komen.

Maar des te minder waarschijnlijk is het dan ook, dat juist één leidende gedachte bij die ontwikkeling zoude hebben voorgezeten. Wil men zich de zaak natuurlijk voorstellen, dan denke men zich een recht, waarin de verbindende kracht

[1]) *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung* (Leipzig 1879), bladz. 237.

der overeenkomsten niet erkend was. Wat zou de toestand zijn? Niemand werd van staatswege gedwongen zijn woord gestand te doen. Waar men nu, door zijn woord te breken, een ander ongestraft schade kan berokkenen, daar is geen vertrouwen mogelijk; waar geen vertrouwen mogelijk is, daar is geen crediet bestaanbaar; waar geen crediet bestaanbaar is, daar is van handel geen sprake; waar van handel geen sprake is, verliest de eigendom zijn beteekenis, en waar de eigendom zijn beteekenis verliest, mist het individu de gelegenheid en den prikkel om zijn persoonlijkheid, zijn wil in het verkeer te doen gelden.

Cessante causa, cessat effectus: is eenmaal de verbindende kracht der overeenkomst erkend, dan verdwijnen al deze nadeelen van zelf. Maar is men dan wel zoo ver van de waarheid, wanneer men in de opruiming van al die misstanden het doel ziet, dat met die verbindende kracht onwillekeurig beoogd werd? En zoo neen, is het dan wel geraden, uitsluitend van een *Läsions-*, *Vertrauens-*, *Verkehrs-* of *Willenstheorie* te spreken, zonder te denken aan de mogelijkheid dat men meerdere vliegen in één klap kan vangen, vooral wanneer zij, gelijk hier, zoo dicht in elkaars nabijheid zich bevinden? Ons althans wil het voorkomen, dat eene opvatting, als die van Opzoomer, van meer eenzijdigheid blijk geeft, dan met een natuurlijke beschouwing van het recht, als een levend organisme, bestaanbaar is.

Van waar die eenzijdigheid bij een jurist als de Utrechtsche hoogleeraar?

Over hare oorzaak gaat wellicht eenig licht op, wanneer men Opzoomer's woorden vergelijkt met de beschouwing, waarmede, in een der jongste Duitsche geschriften, de wilstheorie verdedigd is. „Jede principielle Abweichung von dem Gedanken, dass der Wille des Menschen die Rechtsfolgen des Geschäftes ordnet, von dem Willensdogma“ — schrijft Enneccerus[1]) — „bedeutet eine Entwerthung des Rechts-

[1]) T. a. p., bladz. 76.

geschäftes vom Gesichtspunkte höherer Zweckmäszigkeit".

Vergissen wij ons, of is het de, door Hamaker[1]) zoo terecht gewraakte, verwarring tusschen het rechts-philosophisch en het rechts-dogmatisch standpunt, die hier een rol speelt? Omdat men het naar zijne philosophische opvatting doelmatig acht, dat aan 's menschen wil macht toekomt, daarom vindt men in het geldende recht dat beginsel opgenomen, en daarom beschouwt men de overeenkomst als een begrip, dat zonder een samentreffen der gedachten ondenkbaar is.

Wij vragen echter met allen eerbied voor de namen van hen, die wij bestrijden, is dit niet de paarden achter den wagen spannen? Men bedenke wel: de vraag naar het rechtskundig begrip der overeenkomst is een vraag naar het recht, dat is. Op deze vraag kan alleen een onbevangen waarneming der feiten, die in de wet, de gewoonte of in de rechtspraak voor overeenkomsten doorgaan, het antwoord geven. „Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat".

Eerst, waar aldus, langs synthetischen weg, het begrip gewonnen is, heeft de jurist zeer zeker de verplichting, het tot een hooger beginsel, waarvan het de bijzondere toepassing is, te herleiden. En misschien ook de bevoegdheid, om het te toetsen aan eene overtuiging, die hij, onafhankelijk van het bestaande, in zich draagt.

Wij zeggen, met betrekking tot dit laatste, misschien. Want, de historische school[2]) ontkent het. Voor haar is het recht een organisme, dat, uit het volk voortgekomen, met het volk in zijn ontwikkelingsgang gelijken tred houdt. Bij haar vermag geen rechtsregel op blijvende erkenning aanspraak te maken, die niet in een verwante volksovertuiging geworteld is. Zij kan in de afwijkende rechtsmee-

---

[1]) *Themis*, 1881, bladz. 282 vlg. Zie ook Bekker, t. a. p., bladz. 58.

[2]) Men zie over deze school het meesterlijk opstel van Levy, *Savigny en de historische rechtsbeoefening* in *N. B. v. R. en W.*, 1879; benevens de inaugureele oratie van Moltzer, *door het recht tot den regel* (Amsterdam, 1881); en het werk van Hamaker, *Het recht en de maatschappij* ('s Gravenhage, 1888), bladz. 15 vlg., 61 vlg.

ningen van onderscheidene tijden en volken slechts verschil, geen voor- of achteruitgang waarnemen [1]). Daarom kent zij voor den wetgever geen andere taak, dan om uiting te geven aan het recht, dat de volksovertuiging heeft voortgebracht. En daarom stelt zij der wetenschap geen hooger doel, dan ordening en samenvatting der beginselen, welke, door den rechtscheppenden volksgeest, aan het leven zijn ten grondslag gelegd.

Nu mag men toegeven, wat tegenwoordig al meer en meer erkend wordt, dat deze leer van zekere eenzijdigheid niet is vrij te pleiten. Toegeven met name, dat hare onvermijdelijke consequentie, de almacht van het volksbewustzijn en de onmacht van den wetgever, theoretisch evenmin valt te verdedigen, als zij met de werkelijkheid valt te rijmen [2]).

Wij behoeven over dit alles hier niet te twisten. Men moge aan de leer van het organisch ontstaan vasthouden. Men moge omgekeerd het recht beschouwen als de uitdrukking en verwezenlijking van een zuiver nuttigheidsbeginsel. Men moge eindelijk, met ons, zich aangetrokken gevoelen tot den gulden middelweg, en betwijfelen, of het in hoogsten zin nuttige en het in hoogsten zin ethische wel noodzakelijk tegenstellingen behoeven te zijn [3]).

Waar het ons hier op aankomt is dit, dat het niet aangaat, bij de verklaring van het geldende recht, zich door zijne philosophische overtuiging te laten leiden, en als werkelijkheid datgene uit te geven, wat men op grond zijner philoso-

---

[1]) Met instemming van Moltzer, t. a. p., blz. 39. Doch zoude deze hoogleeraar inderdaad meenen, dat men had te berusten in hetgeen bijv. in Engelsch-Indië geldt omtrent het uithuwelijken van jonge meisjes? En zoude hij, omdat „van het recht geen meer of minder goed zich denken laat", zich willen verzetten tegen de pogingen van hen, die trachten aan dezen afschuwelijken adat een einde te maken? Vgl. Drucker in *Rechtsgeleerd Magazijn* I (1882), bladz. 215.

[2]) Zoo Drucker in zijne inaugureele oratie *Begrip en dogma in de rechtswetenschap* (Leiden, 1889), bladz. 19.

[3]) Vgl. Gustav Hartmann, in *Jahrb. f. Dogm.*, XX (1882), bladz. 56.

phische overtuiging als het eenig ware, of op grond van nuttigheidsoverwegingen als het eenig doelmatige beschouwt.

De mensch als persoon heeft een wil, die geëerbiedigd dient te worden, meent Opzoomer, en hij komt zoo tot de leer, dat iemand, behalve door de wet, alleen kan verbonden worden door zijn wil. Maar wanneer nu Levy, op grond van zijne philosophische rechtsbeschouwing, in die souvereiniteit van den wil „een zeepbel“ ziet, „die verdwijnt, zoodra men haar schitterend schijnsel van nabij beschouwt“ [1]), en wanneer Thon [2]) en Moltzer [3]) van dit standpunt beweren, dat een objectief feit, in het publiek belang, de gelegenheid moet worden om den burger tegen zijn wil te dwingen — wie heeft dan gelijk?

Wij zouden vreezen, dat beide partijen machteloos tegenover elkaar stonden.

Evenwel — nil metuendum Teucro duce. Het gezag van Opzoomer is hier te lande te wel gevestigd, dan dat wij ons niet, voor een oogenblik, bij hem zouden mogen aansluiten. Doen wij aldus; beschouwen wij, ter wille van 's menschen persoonlijkheid, de overeenkomst als een samentreffen der gedachten, en bezien wij de consequenties, daaruit door Opzoomer, voor gevallen als die ons bezighouden, afgeleid.

„Dacht ik van U te huren“ — zoo heet het — „terwijl gij meendet aan mij te verkoopen, of dacht ik kooper te zijn van Uw huis te Rotterdam, terwijl gij in den waan verkeerdet, dat wij over Uw huis te Amsterdam handelden“, en — voegen wij met het oog op ons voorbeeld er bij — dacht ik U last te geven tot koopen, terwijl gij meendet, dat ik verkoopen bedoelde, „dan is er volstrekt niets tusschen ons verricht, want er zijn enkel vergissingen, en niemand kan iets aanwijzen, wat tegenover haar als werkelijkheid staat“ [4]).

---

[1]) *N. B. v. R. en W.*, 1881, bl. 363.

[2]) A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht* (Weimar, 1878), blz. 364.

[3]) *Handelingen der Ned. Juristenvereeniging*, 1889, I, blz. 131 vlg.

[4]) T. a. p., VI, bladz. 87.

Wij zouden vreezen, dat de aanwijzing dier werkelijkheid voor onzen bankier uit Frankfort niet zooveel moeite behoefde op te leveren. Hij zoude waarschijnlijk den Hoogleeraar wijzen op den hem ondubbelzinnig verstrekten last. Hij zoude hem verder herinneren aan de ongelegenheid, waarin de uitvoering van dien last hem gebracht had; eene ongelegenheid, waaruit hij slechts ten koste van 61,178 gl. kon geraken.

Waarom kan de bankier nu wel, wat de hoogleeraar niet kan?

Omdat de bankier alleen geleerd heeft, de zaak van hare practische zijde te beschouwen, en voor de juridieke gedaante geen oog heeft. Anders zoude hij gezien hebben, dat er wel waren twee overeenstemmende verklaringen, maar daarachter twee uiteenloopende bedoelingen, zoodat de op het zelfde voorwerp gerichte wilsovereenstemming, de conditio sine qua non van het rechtskundig begrip van overeenkomst, ontbrak.

Maar het Hof te Amiens dan, mag onze bankier antwoorden. Dat heeft toch wel geleerd, de zaken van hare juridieke zijde te beschouwen. En wat deed dat? Een commissionnair telegrafeerde aan zijn agent, eene bepaalde hoeveelheid wol voor minstens 139 te verkoopen. De agent ruimt de partij op voor 140, en nu blijkt, dat de telegrafist zich vergist heeft: de oorspronkelijke depêche ging op 165. En wat besliste nu het Hof? Dat hier wel was een overeenkomst, al was zij dan ook op grond van dwaling vernietigbaar [1]). Het Hof vond dus ook een werkelijkheid, waar Opzoomer enkel vergissingen aanschouwde.

Maar — het liet dan ook bij zijne diagnose de lijnen in elkaar loopen, en zag eene onderscheiding over het hoofd, waarop de Hoogleeraar niet nalaat de aandacht te vestigen: de onderscheiding tusschen eigenlijke en oneigenlijke dwaling [2]).

---

[1]) Dalloz, 1859, II, 147.

[2]) T. a. p., VI, bladz. 86 vlg.

Niet in alle gevallen, waar bij overeenkomsten van dwaling sprake is, staat die dwaling tot de handeling in dezelfde verhouding. Waar ik een verguld zilveren horloge koop, omdat ik meen, dat het van goud is; aan A een schenking doe, omdat ik hem voor B houd; nieuwe paarden mij aanschaf, omdat ik meen, dat de mijne gestorven zijn; daar bestaat een innerlijk verband tusschen mijne dwaling en mijne handeling. De valsche voorstelling ging aan den wil vooraf, zij riep hem in het leven: ik zoude niet gekocht hebben, althans niet zoo gekocht hebben, indien ik alles geweten had.

Geheel anders echter in het geval, aan de beslissing van het Hof te Amiens onderworpen. Toen de commissionnair zijn opdracht deed, was er van dwaling bij hem geen sprake. En evenmin waren het valsche voorstellingen, die zijn tegenpartij verlokten, op het aanbod in te gaan. Ook diens wil was volkomen normaal ontstaan. Maar nadat beider willen zich gevormd hadden, speelde het abuis hun parten: terwijl zij het feitelijk oneens waren, meenden zij het eens te zijn.

Die verschillende verhouding nu, waarin de dwaling in beide gevallen tot den wil staat, brengt, meent Opzoomer, van zelf het verschil in rechtsgevolgen te voorschijn.

Waar een der partijen door een valsche voorstelling tot het sluiten eener overeenkomst zich laat bewegen, daar hebben wij steeds te doen met twee overeenstemmende verklaringen, gedekt door twee overeenstemmende willen. De overeenkomst is dus tot stand gekomen, maar het recht wil ze wellicht, om de abnormale omstandigheden, waaronder de wil van een der partijen gevormd is, niet in stand houden — zij is dan vernietigbaar op grond van dwaling, die hier als eigenlijke dwaling optreedt.

Geheel anders daarentegen in het geschil aan het Hof ter beoordeeling voorgelegd. Daar, zoowel als in de zaak van Weiller, bestaan twee overeenstemmende verklaringen, waarachter twee uiteenloopende bedoelingen: de overeenkomst is derhalve nietig: niet tot stand gekomen.

Maar de grond dier nietigheid is niet de dwaling: hij is eenvoudig gelegen in de omstandigheid, dat aan een der vereischten, door het recht aan de overeenkomst gesteld, niet is voldaan.

De redeneering is inderdaad, zooals men die van Opzoomer kan verwachten. De vraag is maar, of iedereen genoeg psychologie geleerd heeft, om het hem te kunnen nadoen.

Wat wij van het Hof te Amiens zagen, zou er aan doen twijfelen. En dat is uit de praktijk niet het eenige voorbeeld.

Te Amsterdam waren ten verkoop aangeboden drie huizen en erven, staande aan de tweede Lauriersdwarsstraat, en voorzien van de huisnummers 12, 14 en 16. Nu is een gedeelte van de voornoemde straat bekend onder den naam van Vuile Weespad, en juist in dat gedeelte waren de huizen gelegen. Toevalliger wijze was in het andere, als Lauriersdwarsstraat algemeen bekende gedeelte, een perceel door den verver, bij vergissing, van het huisnummer 12 voorzien. En juist dat perceel had de kooper, bij zijn bod, op het oog gehad. Is hier van een abnormaal gevormden wil sprake, van een wil, die van valsche voorstellingen was uitgegaan? Van een eigenlijke dwaling dus? Natuurlijk niet. De kooper maakte zich omtrent het huis, dat hij op het oog had, geenerlei valsche voorstelling hoegenaamd. En evenmin de verkooper omtrent het zijne. Geen van beiden miskende de werkelijkheid, door zijn wil te richten op een voorwerp, dat slechts in de verbeelding bestond. Maar beide willen schoten elkaar voorbij, omdat zij niet op hetzelfde voorwerp gericht waren. Wat hier ontbrak was niet de normale toestemming, maar de op hetzelfde voorwerp gerichte wilsovereenstemming. De zaak ware onmiddellijk duidelijk geworden, wanneer de kooper den eisch tot betaling van perceel A, in reconventie, had beantwoord met den eisch tot levering van perceel B. Dan ware terstond gebleken, welke rol het noodlottige huisnummer gespeeld had. Zoo zoude dan ook Opzoomer wellicht gedaan hebben. Doch wat deed onze kooper, toen hij tot betaling werd aangesproken? Hij antwoordde met de exceptie

van vernietigbaarheid, op grond zijner wegens dwaling gebrekkige toestemming: hij verwarde eigenlijke en oneigenlijke dwaling [1]).

Gemis aan intellectueele veerkracht, zal men zeggen.

Wenden wij ons daarom liever tot menschen, wier naam voor dergelijk verwijt waarborgt.

Allereerst Laurent. Deze kent en billijkt de onderscheiding, waaraan Opzoomer, door de benaming van eigenlijke en oneigenlijke dwaling, heeft uitdrukking gegeven [2]). Hij kent en billijkt evenzeer het verschil in rechtsgevolgen, door zijn Nederlandschen ambtgenoot aan dit verschil verbonden: aan de begrippen vernietigbaarheid en nietigheid wijdt hij eenige bladzijden [3]). En wat zegt hij nu van de boven besproken beslissing van het Hof te Amiens, dat vernietigde, waar, van dit standpunt, niets te vernietigen viel? Hij billijkt ze volkomen: „Il y avait donc lieu d'annuler, ce que le mandataire avait fait [4])." Derhalve, in de toepassing was ook aan Laurent de onderscheiding tusschen eigenlijke en oneigenlijke dwaling te machtig.

Zullen de Nederlandsche coryphee̋en zich beter houden?

Wat wij bij Feith omtrent de werking der dwaling lezen, geeft reden het te hopen. Deze geleerde toch gaat uit van de gedachte, „dat bij dwaling geen strijd is tusschen wil en wilsverklaring, maar men werkelijk een wil voor zich heeft, die echter onder zoo eigenaardige omstandigheden gevormd is, dat men meermalen voor de vraag zal staan, of de in woorden gegeven toestemming wel van dien aard is, dat zij eenig gevolg kan te weeg brengen [5])".

Het is, als hoort men Opzoomer zelf.

Men zij echter niet voorbarig.

---

[1]) *W.* 4683. Vgl. over dit geval mijn Proefschrift, bladz. 52 vlg.; Moltzer, *Handelingen der Ned. Juristenvereeniging*, 1889, I, bladz. 176 vlg.

[2]) *Principes de Droit civil*, XV (1887), n°. 484 (bladz. 564).

[3]) T. a. p., n°. 450—466 (bladz. 507—538).

[4]) T. a. p., n°. 495 (bladz. 568).

[5]) T. a. p., bladz. 380.

Want de geleerde Schrijver laat volgen: „Wanneer uit de woorden en daden, tijdens de onderhandeling gewisseld, blijkt, dat partijen door eenig misverstand begrepen hebben overeen te stemmen, terwijl zij het werkelijk niet deden, dan is die dwaling duidelijk genoeg, om hen niet aan hunne vergissing te houden, maar de geheele overeenkomst, als wegens gebrek aan wil nooit bestaan hebbende, aan te merken".

Hier loopt, zoo niet alles ons bedriegt, de dwaling van daar straks, de eigenlijke dwaling van Opzoomer, die slechts een gebrek in de toestemming, nooit het ontbreken der wilsovereenstemming kon veroorzaken, ongemerkt over in de vergissing, het misverstand, dat juist het samentreffen der gedachten verhinderde, maar daarom dan ook door den Hoogleeraar als oneigenlijke dwaling van de vorige scherp werd onderscheiden.

En bij de toelichting is de vermenging volkomen. Feith kiest daarvoor het bekende, door Modderman opgeworpen, geval van den impressario, die Adeline Patti dacht te engageeren, en bij vergissing zijn brief aan Carlotta richtte. Hij denkt er echter niet aan hierbij te onderscheiden, gelijk Opzoomer doen zoude, en Modderman dan ook werkelijk deed. Zag de impressario Carlotta voor Adeline aan, dan was er eigenlijke dwaling: men had dan een wil voor zich, die onder eigenaardige omstandigheden gevormd was. Geheel anders echter, wanneer hij, bij het schrijven van het adres, zich vergiste. Dan was er oneigenlijke dwaling: de wil was normaal gevormd, maar nadat hij zich gevormd vormd had, werd de fout begaan, die nu het samentreffen der beide willen zal verhinderen.

Derhalve, ook bij Feith verwarring tusschen eigenlijke en oneigenlijke dwaling.

Maar er is meer.

In ons Proefschrift hebben wij op deze onnauwkeurigheid van den geleerden Schrijver gewezen [1]).

---

[1]) Bladz. 54 noot.

van vernietigbaarheid, op grond zijner wegens dwali-
brekkige toestemming: hij verwarde eigenlijke en -
lijke dwaling [1]). ide

Gemis aan intellectueele veerkracht, zal m

Wenden wij ons daarom liever tot mens litera-
voor dergelijk verwijt waarborgt. Duitsche

Allereerst Laurent. Deze kent en h ie bekeken
ding, waaraan Opzoomer, door de h ven, om de
en oneigenlijke dwaling, heeft uit nlijke dwaling
kent en billijkt evenzeer het versc y er aan gegeven
zijn Nederlandschen ambtgenoot
aan de begrippen vernietigb
eenige bladzijden [3]). En wat ger [4]) — om geen mindere
ken beslissing van het H of zij van den prins geen kwaad
van dit standpunt, niet ontbreken der toestemming, waar,
volkomen: „Il y avai an een gebrek in de toestemming kan
dataire avait fait [4])." gevallen n. l., waarin eene der partijen
Laurent de ond voorstelling vormde omtrent de eigenschap-
lijke dwaling te iteit van een bepaalde persoon of zaak.

Zullen de N ook Eisele en Unger kennen geen grenzen

Wat wij eigenlijke en oneigenlijke dwaling.
geeft red alles onjuist?
de ged psychologisch zeker: dit meenen wij, ook nu nog, zelfs tegen
en w Coninck Liefsting, te mogen volhouden.
hee Doch wat bewijst dit?
vr Dat men, in het dagelijksch leven, met dergelijke psycho-
logische fijnigheden zich niet kan bezighouden. Daar is men
nog niet rijp voor het onderscheid tusschen een „Wille zur

---

1) *Handelingen der Ned. Juristenvereeniging*, 1889, I, bladz. 143, bladz. 159 noot 5.

2) In zijn jongste werk: *Algemeene Beginselen van de leer der rechtsgeldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst, zooals zich die in het Romeinsche Regt gevormd en later in Europa ontwikkeld heeft* ('s Gravenhage, 1890), bladz. 312 vlg.

3) T. a. p., bladz. 433 vlg.

4) T. a. p., bladz. 674.

...wegung" en een „Wille zum Erfolg". Daar trekt ... grenzen tusschen de twee psychologische verschijn-... de exacte wetenschap als willen en wenschen scherp ... En daarom kan men er zich ook „die von und ... postulirte qualitative Verschiedenheit des ...derscheid tusschen eigenlijke en oneigenlijke ... worden [2]). Voor een gewoon menschenver-... koperen horloge koopt, dat hij voor een ...zeer iets anders dan hij wil, als onze ...koopen last gaf, en voor een verkoop zich ... Wie dus Oppenheim vrijstelt, en met de van het leven in harmonie wil blijven, moet ook ...ooper van het horloge voor niet verbonden houden. ...oo doet dan ook het Duitsche Ontwerp.

Dat Ontwerp verklaart Oppenheim niet verbonden. Immers: „bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften", heet het in § 73.

En natuurlijk. Want het Ontwerp huldigt de leer, dat de mensch is persoon, en tot ingrijpen in den loop der dingen geroepen [3]).

Maar het Ontwerp laat dan ook den kooper van het horloge vrij. Want § 98 bepaalt: „Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten

---

[1]) De uitdrukking is van Hölder, t. a. p., bladz. 570.

[2]) Terecht zegt een der jongste schrijvers (Bekker, t. a. p. bladz. 27) over deze onderscheiding: „Erstlich erkennen unsere Gerichte nicht so, wie sie nach der Savigny-Windscheidschen Meinung erkennen sollten .... Zweitens können die Gerichte auch gar nicht anders; die gegnerische Theorie ergibt *harspalterische praktisch undurchfürbare* Resultate ..... Dem Richter werden hier geradezu *unlösbare Aufgaben* gestellt, er soll entscheiden nach Momenten, die ihm nicht greifbar vor die Augen treten, welche Parteien, als sie sie erlebt, nicht mit der erforderlichen rechtsschulmässigen Schärfe erfasst haben, über die sie jetzt nur relativ unklar zu berichten vermögen, zumal sie früher nie geant dass darauf soviel ankommen könne." Geheel in denzelfden geest: Dernburg, *Pandekten* (Berlin, 1888), I, 2e Auflage, bladz. 231.

[3]) Althans in beginsel. *Motive*, I, bladz. 189–191.

auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, dass der Urheber, bei Kenntniss der Sachlage, die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand, oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde."

Dat is voor een gewoon menschenverstand de zuivere toepassing van de leer, dat „de mensch, buiten de gevallen, waarin de wet zelve, geheel alleen uit de bestaande feitelijke betrekking, zonder zijn wil in aanmerking te nemen, een verbintenis heeft ontwikkeld, door niets anders verbonden kan worden, dan door zijn wil" [1]).

Maar is het ook, wat den drang van ons billijkheidsgevoel, de eischen der goede trouw en de behoeften van het verkeer kan bevredigen?

Wij zullen, ter beantwoording dezer vraag, niet wijzen op het karakteristieke geval van dien Duitschen professor [2]). Jaar uit jaar in had deze man de thans in het Ontwerp belichaamde beginselen voor zijne leerlingen ontwikkeld. Eindelijk wordt hij zelf van eene dwaling het slachtoffer, en komt bij een meubelmaker terecht, van wien hij volstrekt niet had willen koopen. Hij maakt aanstalten eene rechtsvordering te beginnen, om zijne theorie in toepassing te brengen. Doch op het laatste oogenblik deinst hij terug. En waarom? De Professor vreesde, dat geen enkele rechter de leer, door hem zijn leven lang ex cathedra verkondigd, zoude willen slikken!

Wij willen ons ook niet beroepen op de veiligheidskleppen, die het Ontwerp zelf heeft moeten aanbrengen, om de werking van zijn stelsel te temperen [3]), en die tot de vraag

---

[1]) **Opzoomer**, t. a. p., V, bladz. 29.

[2]) Het geval wordt medegedeeld door **Bekker**, t. a. p., bladz. 56 noot 2.

[3]) Geen beroep op *reservatio mentalis* (§ 95); geldigheid der ver-

aanleiding geven, of ook naar rechte de rechte lijn niet de kortste afstand tusschen twee punten behoort te zijn [1]).

Evenmin eindelijk begeeren wij stil te staan bij de talrijke stemmen, die, niettegenstaande deze uitwegen, zich uit de praktijk tegen het Ontwerp verheven hebben [2]). Niet, alsof wij het groote gewicht dezer stemmen miskenden. Integendeel. Wie de rechtsmeeningen van het verkeer wil bespieden, kan, meenen wij, geen beter waarnemingsterrein zich uitzoeken, dan het kantoor van een advocaat met drukke praktijk. Één voorbeeld, zooals het door Bekker [3]) wordt medegedeeld, van een veel geraadpleegd en algemeen geacht praktizijn, die zijn bijstand weigerde aan cliënten, die tegenover de duidelijke verklaring zich op de afwijkende bedoeling wilden beroepen, weegt ons zwaarder dan tien vonnissen. Want door de gedragslijn van dien éénen man zijn wellicht tienmaal tien vonnissen overbodig geworden.

---

klaring bij grove onachtzaamheid van hem, die ze gaf; en verplichting tot schadevergoeding bij lichte schuld. „Der Entwurf steht auf dem reinen Delictsstandpunkte", schrijft Unger, t. a. p., bladz. 687, noot 30. Vgl. Bekker, t. a. p., bladz. 65.

[1]) Geestig is de vergelijking dezer halve maatregelen met het dualisme tusschen het oude *dominium quiritarium* en *bonitarium* door Leonhard in zijn jongste geschrift: *Der Irrthum als Nichtigkeitsgrund im Entwurfe eines B. G. für das Deutsche Reich* (Berlin, 1889), bladz. 8. Eene „Vermittelungstheorie" juist tegenovergesteld aan die van het Ontwerp geeft Moltzer: beroep op den wil is nooit toegelaten, maar lijdt men door dezen rechtsregel schade, dan zal door eene vordering wegens ongegronde verrijking alles weer in het reine worden gebracht (*Handelingen der Ned. Juristenvereeniging*, 1889, I, bladz. 163). Men mag vragen, waarom het recht eerst zoo ingericht, dat het later zich zelf weer moet corrigeeren?

[2]) Over de dwalingsleer van het Ontwerp zie Meischeider, *Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines B. G. für das Deutsche Reich* (Berlin und Leipzig, 1888), bladz. 22 vlg., 99. Hellmann, in de *Gutachten des Anwaltstandes über die erste Lesung*, VII, bladz. 499. Zie verder Leonhard, t. a. p., bladz. 41 vlg., en, uit den allerlaatsten tijd, Pfizer: *Physiologie des Irrthums. Ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs des B. G.* in *Jahrb. f. Dogm.*, XXIX (1890), bladz. 107 vlg.

[3]) *Krit. Vierteljahresschrift*, XXII, (1880), bladz. 50.

Waarom wij dan, ter beantwoording van de bovengestelde vraag, geen gebruik maken van de zeldzame gelegenheid, dat de praktijk zich laat hooren?

Omdat het ons hier om het gevoelen van Opzoomer te doen is. Van hem willen wij trachten te weten te komen, of de in het Ontwerp gehuldigde leer met het rechtsgevoel is te rijmen.

Wij zullen hierbij den kooper van het horloge voorloopig buiten bespreking laten. Wel verklaart Opzoomer dezen, in strijd met het Ontwerp, voor verbonden. Doch die gebondenheid berust op de exact psychologische overweging, dat hier was eene wilsovereenstemming, en dus werkelijk een gesloten contract [1]).

Maar Oppenheim dan?

Behoort ook deze, gelijk het Ontwerp wil, vrij te zijn?

Neen, zal de Hoogleeraar moeten antwoorden. Want „er is geen andere wil, dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn" [2]).

Het is dezelfde redeneering, waarmede Feith zijne boven gewraakte onderscheiding in zake Patti aandrong, en waardoor Kohler [3]) getracht heeft, de *reservatio mentalis* buiten werking te stellen.

Maar is zij juist? Kan men niet een bewuste — en dus gewilde — handeling verrichten, en toch niet de gevolgen willen, welke het natuurverloop aan die handeling zal vastknoopen? Kan men niet in bewustzijn iemand dooden, zonder zijn dood te hebben bedoeld? En kan men niet evenzeer de woorden „ik wil verkoopen" ter kennis van een ander brengen, zonder het rechtsgevolg te willen, welks begeerd zijn uit den objectieven zin der gebruikte teekens zoude volgen?

Wij willen het antwoord op deze vragen niet ontleenen aan hetgeen door Windscheid [4]) en Zitelmann [5]) tegen

---

1) T. a. p., VI, bladz. 86 en 87.

2) T. a. p., V, bladz. 30.

3) *Jahrb. f. Dogm.*, XVI (1878), bladz. 91 vlg., speciaal bladz. 94.

4) *Wille und Willenserklärung* (Leipzig, 1878), bladz. 28 vlg.

5) *Jahrb. f. Dogm.*, XVI (1878), bladz. 311 vlg. Zie ook Thon

Kohler is te berde gebracht. Wij vragen het alweder liever aan Opzoomer zelven. Of erkent deze niet, dat men kan verklaren: „duizend ducaten voor een weegluis", zonder ernstig aan zoo'n koop te denken [1])? Wees hij er niet op, dat er bij oneigenlijke dwaling wel was een samentreffen der verklaringen, maar dat er niet was een samentreffen der gedachten [2])? En — wat wel het meeste afdoet — wordt niet, onmiddellijk na het boven aangehaalde, gesproken van een geheimen, een verborgen wil, die van het woord verschilde, er tegen streed [3])? Wel moet die verborgen wil buiten aanmerking blijven, maar dit neemt niet weg, dat hij er dan toch is. Niet zijn en niet in aanmerking komen zijn immers twee?

Doch, liever dan ons in deze psychologische bijzonderheden te verdiepen, willen wij den Hoogleeraar vragen, waarom hij dan wel buiten aanmerking moet blijven? Eene vraag, die te meer gerechtvaardigd schijnt, omdat, wat nu plotseling allen invloed moet missen, straks nog in staat was, om den geheelen boedel krachteloos te maken.

Het antwoord blijft niet uit. En ook hier vinden wij den Hoogleeraar in het gezelschap van Feith. „Juist, omdat hij verborgen is, kan hij niet werken" [4]).

Dus, als niet verborgen is, wat tegen het woord streed, kan het wel werken. Zoo in ons geval, waar Oppenheim in staat was zijn oorspronkelijk telegram over te leggen, en luce clarius te bewijzen, dat, wat door hem verklaard was, inderdaad niet was bedoeld.

Wat moet nu gelden naar Opzoomer's meening, de bedoeling of liever gezegd, de wil die er werkelijk, bewijsbaar

---

(t. a. p., bladz. 354 noot 56), die beweert, dat Kohler „den Knoten, statt ihn zu lösen, durchhaut, indem er die Möglichkeit einer Dissonanz zwischen internen Willen und Willenserklärung in Abrede stellt".

[1]) T. a. p., V, bladz. 48.

[2]) T. a. p., VI, bladz. 86.

[3]) T. a. p., V, bladz. 30.

[4]) T. a. p., V, bladz. 31.

was, dan wel die, welke de tegenpartij moest aannemen, dat er zijn zoude [1]? Wij zeggen: de wil die er bewijsbaar was; want dat een wil, die alleen in iemands binnenste bestond, het rechtsgevolg zoude moeten beheerschen, heeft nog nooit iemand beweerd, en behoefde Opzoomer dus ook niet te weerleggen. De occultis non judicat ecclesia, en het verhoogt zeker niet de waarde van Eisele's meergemeld betoog, dat hij door de zucht naar grondigheid, zijnen landgenooten eigen, zich liet verleiden, het tegendeel ook maar als mogelijk voor te stellen [2]). Alzoo, nog eens; de wil die er bewijsbaar was, of die, welken de tegenpartij uit de verklaring afleidde? Welken wil Opzoomer laten gelden?

Natuurlijk den eersten, zou men denken, want de mensch heeft een wil, en wat door dien wil gekozen wordt moet gelden.

Men zoude zich echter vergissen. Want wij lezen: „of wat hij zegt te willen eigenlijk niet door hem gewild is, of hij in zijn binnenste, in het geheim iets anders, misschien wel het tegendeel gewild heeft, daarnaar *past* het niet te vragen" [3]).

Het is van groot belang, deze merkwaardige woorden niet aan de aandacht te laten ontglippen. Want merkwaardig zijn ze, in meer dan één opzicht.

Merkwaardig allereerst met het oog op Pernice en degenen, die, met dezen, de *reservatio mentalis* niet anders weten onschadelijk te maken, dan door in het proces een beroep op eigen gemeenheid af te snijden [4]). Alsof het procesrecht een middel was om het materieele recht onderst boven te loopen, in stede van het te handhaven! Opzoomer behoedt zich voor deze inelegantie: hij erkent het als een regel

---

[1]) Zoo ook Levy, *N. B. v. R. en W.*, 1881, bladz. 326.

[2]) T. a. p., bladz. 417: „Das eigentliche Extrem der Erklärungstheorie, ihr conträres Gegentheil, wäre doch offenbar eine Ansicht welche dahin ginge, dass ein von der Erklärung verlassener Wille gleichwohl rechtliche Wirkung habe."

[3]) T. a. p., V, bladz. 31.

[4]) T. a. p., bladz. 117.

van materieel recht, dat de verklaring ook zonder de bedoeling kracht kan hebben: het past niet naar die bedoeling te vragen.

Merkwaardig, in de tweede plaats, met betrekking tot Windscheid [1]) en anderen, die wel de zooeven gewraakte fout vermijden, en het beroep op *reservatio mentalis* als materieelrechtelijk onbestaanbaar beschouwen, doch dan aan een hooge uitzondering denken, zonder aan te geven, waarom men nu juist hier alleen met eene uitzondering te doen heeft. Opzoomer blijft gevrijwaard voor deze inconsequentie: hij spreekt in het algemeen: naar de afwijkende bedoeling past het niet te vragen.

Merkwaardig eindelijk, en niet het minst, tegenover Opzoomer zelven.

Want waarop komt nu ten slotte, na tal van psychologische omwegen, de quaestie neer?

Dat het niet *past* naar de innerlijke bedoeling te vragen.

En waarom niet?

Omdat „de vastheid van het bestaande recht en zijne ontwikkeling onmogelijk is, wanneer nu eens om de billijkheid dan weer om de bedoeling .... bij overeenkomsten van partijen aan duidelijke woorden wordt geweld aangedaan, en door uitlegging van hun inhoud wordt afgeweken" [2]). Omdat „bij redelijke wezens de stelling past, dat, wat zij zeggen, ook inderdaad wordt bedoeld" [3]). Vandaar: „wanneer de woorden duidelijk zijn, moet men er zich onvoorwaardelijk aan houden. Komt men daardoor tot eene beslissing, die in strijd is met hetgeen door partijen is bedoeld, het is alleen hun schuld, die zich van woorden bedienden, waardoor niet hun wil, maar geheel iets anders wordt uitgedrukt" [4]).

Alzoo, reeds het woord *passen* deed het ons vermoeden, het zijn ethische en doelmatigheidsoverwegingen, die hier den

[1]) T. a. p., blz. 29 en 30.
[2]) T. a. p., VI, bladz. 166.
[3]) T. a. p., VI, bladz. 170.
[4]) T. a. p., VI, bladz. 167.

doorslag geven. De ethische beschouwing, dat men mag verwachten, dat een redelijk mensch zijn woord gestand doe, gevoegd bij het utiliteitsbeginsel, dat — om Diephuis' woorden [1]) te gebruiken — „het maatschappelijk verkeer door een andere leer grootelijks in gevaar zoude worden gebracht", deze beide verplichten de rechtsorde, uit de woorden tot een wil te besluiten, dien de spreker er allerminst mede dacht uit te drukken.

Maar waarom moest nu de Hoogleeraar nog eenmaal deze alles afdoende beschouwing ontsieren door — hij vergeve ons de uitdrukking, maar wij mogen het niet verhelen — door het sophisme: „de wil geldt slechts in zijn uitspraak; zoolang deze er is, is er ook de wil, en zij geldt slechts, omdat zij den wil uit" [2])?

En waarom vooral ook den kooper van het vergulden horloge een beroep op zijne valsche voorstelling ontzegd met de exact psychologische overweging, dat hier was wilsovereenstemming, en dus een werkelijk gesloten contract?

Is dan bij deze eigenlijke dwaling geen plaats voor de practische overwegingen, die zoo juist, bij de oneigenlijke, zulk een uitmuntenden dienst bewezen?

Men zoude er aan gaan twijfelen, waar men zelfs Diephuis, onder de theoretici de practicus bij uitnemendheid, met verschillende maten ziet meten. Want deze schrijft: „De bepaling, die ons tegen de nadeelige gevolgen dier verkeerde voorstelling beschermt, sluit daardoor niet van zelf gelijke bescherming tegen de gevolgen eener verkeerde uitdrukking in. En terwijl de wetgever die bescherming niet tegen elke verkeerde voorstelling heeft willen verleenen, maar alleen, wanneer zij de zelfstandigheid der zaak betrof.... was er zeker

[1]) T. a. p., bladz. 103.

[2]) T. a. p., V, bladz. 31. Het was o. i. eene zeer ware opmerking van Levy, toen hij sprak (*N. B. v. R. en W.*, 1881, bladz. 325) van „den onvruchtbaren strijd door Windscheid aangebonden over de verhouding tusschen wil en wilsverklaring". Zie ook, tegen Opzoomer, Modderman, *Wil of Vertrouwen* (Groningen, 1880), bladz. 11 vlg.

geen reden, om ook het gevolg eener vergissing in de tekennengeving van den wil te laten afhangen van het punt, waartoe zij betrekking had, en de tekennengeving van den wil als geldig of als gebrekkig te beschouwen, naarmate men ten aanzien van dit, of van iets anders zich versproken of verschreven heeft" [1]).

Alzoo, wat bij de oneigenlijke dwaling afkeurenswaardig was — het beschermen der eene partij, zonder op de andere te letten — dat kan er bij de eigenlijke door.

Gelukkig valt het ons niet moeielijk, den geachten geleerde met zich zelven in strijd te brengen. Want, waar de eigenlijke dwaling ex professo behandeld wordt, schrijft hij: „Het moge wenschelijk zijn, dat hij, die bij eene rechtshandeling heeft gedwaald, tegen de gevolgen daarvan in bescherming worde genomen; de billijkheid eischt, dat, waar het eene wederzijdsche handeling geldt, ook voor den ander worde gezorgd" [2]).

Hoe de Hoogleeraar aan dien eisch der billijkheid wil te gemoet komen, hebben wij in ons Proefschrift breedvoerig en met instemming toegelicht [3]). Hij wil ook hier het beroep op de valsche voorstelling afhankelijk stellen van de vraag, of het aan de tegenpartij had moeten blijken, dat zonder die voorstelling de overeenkomst niet zoude zijn aangegaan. Afhankelijk stellen derhalve van dezelfde voorwaarde, waaronder men ook bij de oneigenlijke dwaling beschermd wordt.

En natuurlijk.

Welk psychologisch verschil er tusschen beide categorieën bestaan moge, voor de juridieke beoordeeling staan zij volmaakt gelijk. In beide gevallen riep iemand tegenover een ander, desbewust, het uiterlijk eener overeenkomst in het leven, en in beide gevallen was, hetgeen hij uiterlijk verrichtte, in strijd met hetgeen er innerlijk bij hem omging. Daarom moet ook in beide gevallen de vraag zijn, of door zijn uiterlijk

[1]) T. a. p., bladz. 102.
[2]) T. a. p., bladz. 74.
[3]) Bladz. 139 vlg.

optreden, trots het afwijkende innerlijke, „nach den practischen Motiven des Rechts und der guten Treue“ [1]), zijne gebondenheid vereischt wordt.

Zoo dacht klaarblijkelijk ook Feith, toen hij, gelijk boven bleek, met de exacte onderscheiding zich het hoofd niet brak. Zoo bedoelden het ook Moltzer en Coninck Liefsting, toen zij ons tegenover Feith in het ongelijk stelden, en den jurist verschoonden van eene operatie, die zijne krachten te boven gaat. En — zoo meent het, op de keper beschouwd, ook Opzoomer. Want onmiddellijk na de exact-psychologische overweging, dat er bij den koop van een vergulden horloge voor een gouden was wilsovereenstemming, en dus een werkelijk gesloten contract, lezen wij: „Waren bij het sluiten der overeenkomst die eigenschappen van zoo overwegend belang, dat, bij vergissing daarin, niet of geheel anders door partijen zou gehandeld zijn, waarom ze dan niet, uitdrukkelijk of stilzwijgend, in elk geval duidelijk en onmiskenbaar, tot voorwaarde gesteld? Liet men dit na, wat kon u dan het recht geven, u eenvoudig op uwe dwaling te beroepen, die ik in het minst niet bevorderd, misschien in het geheel niet vermoed heb?“ [2]).

Men ziet: het zijn volmaakt dezelfde overwegingen, die straks bij de oneigenlijke dwaling den doorslag gaven. Wat de psycholoog gescheiden had, dat heeft de jurist weer vereenigd. De psycholoog had geleerd: „het verschil in den aard der dwaling brengt van zelven het verschil in rechtsgevolg te voorschijn“ [3]). En de jurist komt verklaren: trots het verschil in den aard der dwaling, moet zij juridiek naar denzelfden maatstaf behandeld worden. De jurist heeft in Opzoomer den psycholoog overwonnen.

En hij moest hem overwinnen. Met exacte logica, met eene psychologische analyse van het handelingsbegrip, komt

---

[1]) De woorden zijn van Gustav Hartmann, *Jahrb. f. Dogm.*, XX (1882), bladz. 10.

[2]) T. a. p., VI, bladz. 99.

[3]) T. a. p., VI, bladz. 87.

men, ter bepaling van den juridieken invloed der dwaling, geen stap verder.

Niet alsof die psychologische analyse voor den jurist geheel waardeloos zoude zijn. Er zijn onveranderlijke denkwetten, die ook hij te eerbiedigen heeft. Caesar non supra grammaticos. Die denkwetten nu eerbiedigt hij niet, wanneer hij, gelijk thans nog het Duitsche Ontwerp, aan zijne voorschriften een qualitatief verschil ten grondslag legt tusschen dwaling in de eigenschappen of in de identiteit en dwaling in de beweegredenen. Voor dergelijke onlogische formuleeringen nu behoedt ons de psychologie. En dit is niet de eenige dienst, die zij den jurist bewijst. Zij verschaft bovendien een niet genoeg te waardeeren wapen tegen de talrijke sophismen, die in ons leerstuk zijn ingeslopen; sophismen waartegen het gezond verstand veelal machteloos is.

Voor zoover Opzoomer tot deze doeleinden de psychologie raadpleegde, heeft ieder reden er hem dankbaar voor te zijn. In de eerste plaats wij zelven, die gaarne erkennen aan het bondige betoog van den scherpzinnigen man vaak meer licht te hebben ontleend, dan in de diepzinnige betoogen der Duitsche geleerden te vinden was.

Maar het is iets anders, of men der psychologie vraagt, wat dwaling is, dan wel of men haar raadpleegt, welk gevolg zij in rechte moet hebben. Zoo juist het eerste is, zoo onvruchtbaar is de tweede methode.

Wij spreken nu nog maar niet eens van de onoverkomelijke moeilijkheden, die men den rechter oplegt, door hem te dwingen, zich in onderscheidingen te verdiepen, die gemeenlijk boven zijne bevatting gaan [1]). Maar, wat zoude men denken van een tuinman, die uit de psychologische analyse van het handelingsbegrip de stelregels voor het planten zocht af te leiden? En toch, even goed als de rechtshandeling, is ook dat planten eene handeling. Hier, zoowel als daar, heeft men te doen met dezelfde psychologische verhoudingen.

---

[1]) Zie mijn Proefschrift, bladz. 120 vlg.

Waarom versmaadt nu de tuinman uit deze verhoudingen, voor zijne methode van kweeken, eenig licht te putten?

Omdat zijne ervaring hem leert, dat die methode alleen dient bepaald te worden door de natuur van de te behandelen plant, den aard des bodems en de gesteldheid van het klimaat.

Is dat nu op het gebied van het recht anders? Heeft ook niet de jurist te maken met een buiten hem staande werkelijkheid? Een huwelijk sluiten, een testament maken, een overeenkomst aangaan, — het zijn alle handelingen. Bij alle bestaat, overal en te allen tijde, dezelfde verhouding tusschen voorstelling en wil. Behoort daarom nu ook bij allen, overal en te allen tijde, de juridieke invloed der valsche voorstelling dezelfde te zijn? En zoo niet, wat bewijst dit dan? Dat, ter bepaling van dien invloed, met exacte logica niets is aan te vangen. Alleen het rechtsgevoel van een bepaald volk in een bepaalden tijd en op een bepaalde plaats of, zoo men wil, de positieve wet, vermag dien invloed, voor elk afzonderlijk, te bepalen [1]).

Daarom sluiten wij ons volgaarne aan bij Opzoomer, waar hij aan dat rechtsgevoel zijne psychologische beschouwingen ten offer bracht. En dit te eerder, nu hij op deze wijze tot resultaten kwam, die, al zijn ze met de bepalingen van het Duitsche Ontwerp en den eisch van 's menschen persoonlijkheid moeilijk te rijmen, volmaakt overeenstemmen met hetgeen door onze positieve wet in art. 1378 wordt bepaald.

Niet, alsof de Hoogleeraar u dit toegeeft. Wel zegt hij „op het uiten, op het verklaren van den wil komt het aan. Is dit eens geschied, dan gelden de gewone regels van uitlegging.... vandaar een bepaling als van art. 1378" [2]).

Maar, dat artikel behelst dat men, wanneer de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, door uitlegging niet mag afwijken.

---

[1]) Zie Schlossmann's recensie van Zitelmann's boven aangehaald werk, in *Grünhuts Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart*, VI (1880), bladz. 543 vlg.

[2]) T. a. p., V, bladz. 30.

Derhalve: onze bankier uit Keulen verklaarde in duidelijke woorden te willen *verkoopen*: hier mag door uitlegging niet worden afgeweken, en vastgesteld, dat bedoeld was *koopen*. Met andere woorden: de bovengemelde beslissing, door Diephuis in dit geval gegeven, die door Willeumier als een ongerijmdheid werd beschouwd, is volmaakt in harmonie met de Nederlandsche wet. De Nederlandsche wetgever heeft inderdaad het kunststuk bestaan, dat volgens Eisele geen wetgever bestaan kon: hij heeft een rechtskundig begrip van overeenkomst gewrocht, dat nog iets anders is, dan het samenkomen der voornemens van Feith, of het samentreffen der gedachten van Opzoomer. Wie het van ons niet wil gelooven, hoore het van dezen zelven: „Waar de woorden duidelijk zijn" — heet het bij art. 1378 — „moet men er zich onvoorwaardelijk aan houden. Komt men daardoor tot eene beslissing, die in strijd is met hetgeen door partijen bedoeld is, het is alleen hun schuld, die zich van woorden bedienden, waardoor *niet hun wil*, *maar geheel iets anders* werd uitgedrukt" [1]).

Men zal wel doen, deze woorden scherp in het oog te houden. Want het samentreffen der gedachten, uitvloeisel van het philosophisch dogma, dat alleen op den wil de verbintenis rust, is den Hoogleeraar nog niet geheel uit den geest. Immers het heet plotseling — en het wordt ook gezegd met het oog op de oneigenlijke dwaling — dat een regel betreffende de uitlegging niets kan beslissen omtrent de vraag, of er wel eene overeenkomst is [2]).

---

[1]) T. a. p., VI, bladz. 167.

[2]) Er staat letterlijk (t. a. p., VI, bladz. 23 noot 2): „Een regel voor de uitlegging van overeenkomsten kan niets beslissen over de vraag, of er wel in het geheel een overeenkomst geboren is. Hetzelfde geldt ten opzichte van regels omtrent dwaling in overeenkomsten." Dezelfde redeneering vindt men ook bij v. Jhering, *Jahrb. f. Dogm.*, IV (1861), bladz. 72 vlg.; Lotmar, *Krit. Vierteljahresschr.* XXV (1883), bladz. 410; Werthauer, *Ueber den Einflusz des Irrthums auf Verträge* (Breslau, 1887), bladz. 39 noot 2. Anders: Schlossmann, *Der Vertrag* (Leipzig, 1876), bladz. 120; Bähr, *Jahrb. f. Dogm.* XIV (1876), bladz. 405; Leon-

Derhalve, indien ik u telegrafeer *koopen*, en gij ontvangt *verkoopen;* of indien ik, gelijk in het geval van Amiens, telegrafeer 160, en gij ontvangt 139, dan mag art. 1378 niet in aanmerking komen.

Het zij zoo.

Maar wanneer mag het dan wel in aanmerking komen?

Als ik zeg en bedoel *koopen*, en gij zegt en bedoelt *koopen* of als ik zeg en bedoel 160, en gij zegt en bedoelt 160, dan is er geene enkele reden, waarom men door uitlegging zoude afwijken. Hiervan kan uit den aard der zaak alleen sprake zijn, wanneer ik iets anders zeg, dan ik bedoel. Dan alleen kan het de vraag zijn, niet, of men zal uitleggen of niet, maar of men door uitlegging zal afwijken; d. i. of men de door uitlegging verkregen objectieve beteekenis der woorden zal omverstooten door een nader onderzoek naar de gedachten — door de *voluntatis quaestio*. Conditio sine qua non voor de toepasselijkheid van art. 1378 is derhalve, dat achter de duidelijke overeenstemmende woorden staan uiteenloopende bedoelingen. Dat er alzoo niet is wilsovereenstemming, geen samentreffen der gedachten. En juist voor dat geval, het eenige waarvoor het geschreven kan zijn, wil Opzoomer het niet toepassen!

Bedriegen wij ons, of is het wederom des Hoogleeraars overtuiging omtrent 's menschen persoonlijkheid en de daaruit afgeleide gevolgtrekkingen, die hem parten spelen?

Of wil men zeggen, dat de geachte Schrijver door de beschouwing der wet zelve tot deze bewering gebracht is?

Wij voorzien de tegenwerping. De Afdeeling, waarin art. 1378 voorkomt, zoo zal men redeneeren, handelt over de uitlegging van overeenkomsten. En eveneens houdt dan ook het artikel zelf in, hoe men overeenkomsten moet uitleggen.

---

hard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen* (Berlin, 1882), I, bladz. 180 vlg.; Drucker, *Rechtsgel. Magazijn*, III (1884), bladz. 247 vlg.; Smit, *de zoogenaamde stilzwijgende wilsverklaringen bij het aangaan van overeenkomsten in het Nederlandsche recht* (Dissertatie, Groningen 1890), bladz. 126 vlg.

Derhalve, zoo luidt de conclusie, wil ik naar art. 1378 uitleggen, dan moet ik eerst eene overeenkomst hebben, die ik uitleggen kan.

Deze redeneering verliest, meenen wij, hare waarde voor wien, naar Opzoomer's raad, gewoon is de bladzijde nog eens om te keeren, en te bedenken, dat er meer letters in de wet staan [1]). Want het voorschrift hier, in art. 1378, betreffende de overeenkomsten gegeven, wordt in art. 932 letterlijk herhaald voor de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen. Wat volgt daaruit? Dat de wetgever in het hoofd heeft gehad een algemeen voorschrift betreffende de uitlegging van wilsverklaringen. Dat hij den rechter aan de hand heeft willen doen, hoe te handelen, wanneer iemand, in het algemeen, zijn wil in woorden had te kennen gegeven. Maar een plaats voor dit algemeene voorschrift had hij niet. Voor dit zoomin, als voor zoo menig ander leerstuk van algemeenen aard. Want hij miste een algemeen gedeelte. Wat moest hij dus doen? Het in het speciale gedeelte zetten. Maar moest hij het dan niet vastknoopen aan de benamingen, die hij in dat speciale gedeelte gebruikte, en zijne uitlegging van wilsverklaringen in de wet opnemen als uitlegging van testamenten en uitlegging van overeenkomsten? Of wil men zeggen, dat bijv. de voorwaarde ophoudt, beperking en bestanddeel der enkele wilsverklaring te zijn, nu de wet haar bij de overeenkomsten behandelt?

Wij zouden ons voor de hier beweerde beteekenis van art. 1378, als een voorschrift voor de uitlegging van wilsverklaringen, kunnen beroepen op Drucker, die er voor het eerst opzettelijk de aandacht op heeft gevestigd [2]). Doch wij zullen het liever niet doen. Niet, alsof wij voor ons de hulp van dezen scherpzinnigen geleerde versmaadden. Maar wij vreezen van anderen het verwijt, dat wij — men vergeve ons de triviale, maar hier alles zeggende uitdrukking — bij den dui-

[1]) *Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen* (1884), bladz. 211.

[2]) *Rechtsgel. Magazijn*, III (1884), bladz. 251 vlg.

vel te biecht zouden zijn. Daarom wijzen wij liever op A. A. de Pinto, in onze questie zeker een onpartijdig getuige. Bij zijne bespreking van het Duitsche Ontwerp [1]) beschouwt deze geleerde het als een „onbetwistbaar voordeel van een algemeen deel, dat, door met genoegzame ruimte gestelde algemeene voorschriften, menige op gelijken grondslag rustende bepaling in het bijzondere deel kan worden gemist". En de toelichting? „Men denke slechts aan de bijna gelijkluidende voorschriften, die ons Wetboek inhoudt over de uitlegging van eenzijdige wilsverklaringen (testamenten) en meerzijdige wilsverklaringen (overeenkomsten)" [2]). Ziedaar het oordeel van een magistraat, in het uitleggen van wetten en overeenkomsten vergrijsd. Zou men ons van lichtvaardigheid kunnen beschuldigen, zoo wij, onder verwijzing naar dergelijk gezag, de zaak als uitgemaakt beschouwden?

Toch willen wij nog liever ons beroepen op den aard der zaak.

Welke is de gedachtengang bij de hier bestreden opvatting? Dat men, bij de uitlegging eener overeenkomst, staat voor twee vragen: eerst de vraag of men verbonden is, en daarna de vraag, waartoe men verbonden is. Dat men derhalve eerst moet onderzoeken, of er eene overeenkomst is, en daarna door uitlegging vaststellen, welke haar inhoud is. Goed. Nu is — om gemakshalve de uitersten te nemen — een overeenkomst of het samentreffen der gedachten *(wilstheorie)*, of het samentreffen der verklaringen (*vertrouwenstheorie*).

Beginnen wij met de eerste veronderstelling.

Hoe moet nu de rechter gewaar worden, of in een bepaald geval de gedachten samentreffen? Natuurlijk zal de eischer het hem moeten bewijzen. Deze zal moeten aantoonen, dat de wil der tegenpartij dezelfde is, als zijn wil. Maar hoe dat bewijs te leveren? In het hart lezen kan hij evenmin, als de

---

[1]) Gehouden in de Koninklijke Academie van Wetenschappen den 11n November 1889, opgenomen in het *Rechtsgel. Magazijn*, IX (1890), bladz. 92 vlg.

[2]) T. a. p., bladz. 127.

rechter. Hij moet dus met uiterlijk waarneembare feiten voor den dag komen. Hij bewijst derhalve, wat hij alleen bewijzen kan, dat hem is verklaard — telegrafisch, schriftelijk of mondeling — *verkoopen*. Meer kan de rechter van hem niet vergen, want dan zoude hij het onmogelijke vergen: „Gott nur sehet das Herz".

Zal dus kunnen blijken, dat er, niettegenstaande de bewezen overeenstemming der verklaringen, geen samentreffen der gedachten is, dan zal dit moeten geschieden door middel van tegenbewijs. Dat wil zeggen, de gedaagde zal nu, van zijn kant, moeten komen met het bewijs van andere waarneembare feiten, die eveneens buiten twijfel stellen, dat des eischers opvatting omtrent zijn wil verkeerd was, dat zijn wil was *koopen*. Alsnu constateert de rechter: geen samentreffen der gedachten, en dus geen overeenkomst. Maar is nu met deze vraag omtrent het bestaan der overeenkomst, niet tevens de vraag naar haar inhoud beslist? Is nu niet tevens uitgemaakt, dat partijen het omtrent koopen en verkoopen niet eens waren?

Of omgekeerd, de overeenkomst is de overeenstemming der verklaringen. Wederom bewijst de eischer, dat hij opdracht heeft ontvangen om te verkoopen, duidelijk en ondubbelzinnig. De gedaagde wil nu en kan nu bewijzen, dat hij bedoeld heeft *koopen*. Doch de rechter snijdt hem den pas af, omdat hem de zaak voldoende duidelijk is. Maar wat is hem nu duidelijk? Dat er eene overeenkomst is. Zeker. Maar ook, dat haar inhoud is: *verkoopen*.

Hoe men de zaak dus ook keere of wende: het antwoord op de vraag, of men verbonden is, hangt steeds onafscheidelijk samen met het antwoord op de vraag, waartoe men verbonden is. Of liever nog, het is één en dezelfde vraag, en Drucker kwam der hier bestreden meening nog te veel te gemoet, toen hij ze in tweeën splitste.

De hier verkregen wetenschap is van groot belang.

Want wat volgt er uit?

Tweeërlei.

Ten eersten, dat de strijdvraag *wil of vertrouwen*, in hare practische, concrete gedaante, zooals zij zich aan den rechter voordoet, eenvoudig neerkomt op eene vraag van uitlegging.

En hiermede hangt, in de tweede plaats, onmiddellijk samen, dat er voor den wetgever twee wegen openstaan, om van zijn standpunt te doen blijken [1]). Hij kan of zelf het rechtskundig begrip van overeenkomst formuleeren, en aan de wetenschap overlaten, den rechter voor te lichten omtrent de regels van uitlegging, die uit dat begrip voortvloeien. Maar hij kan ook zelf de beginselen van uitlegging vaststellen, en aan de wetenschap overlaten, langs inductieven weg het begrip van overeenkomst op te sporen, dat aan die beginselen van uitlegging ten grondslag lag.

Den laatsten weg — den meest practischen trouwens, en daarom voor een wetgever den meest natuurlijken — heeft onze wetgever ingeslagen, en hij bepaalde, dat, tegenover duidelijke bewoordingen, een beroep op den ontbrekenden wil niet zou zijn toegelaten. Voor diegenen onzer juristen, die, met Enneccerus, in iedere principiëele afwijking van de wilstheorie eene inbreuk zien op hetgeen door hoogere doelmatigheid geboden wordt, is het voorschrift van art. 1378 ongetwijfeld

---

[1]) Windscheid heeft dit verband begrepen. In de vierde uitgave zijner *Pandekten* had hij, in navolging van v. Jhering, als regel van uitlegging gesteld, dat elke wilsverklaring zoo behoort te worden geïnterpreteerd, als de ontvanger ze, naar den objectieven stand van zaken, moest begrijpen. Doch gelijk Schlossmann v. Jhering, zoo maakte Bähr Windscheid er op opmerkzaam, dat met dezen regel zijne leer omtrent het tot stand komen van overeenkomsten moeilijk viel te rijmen. Om derhalve de wilstheorie te handhaven, trok hij zijn beginsel van uitlegging in (*Wille und Willenserklärung*, bladz. 34). Of hij hiertoe met betrekking tot het Romeinsche Recht gerechtigd was, moge de groote Pandectist verantwoorden tegenover hen die, gelijk Leonhard, Hartmann (vooral in zijn meesterlijk opstel: *Wort und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens* in *Archiv f. d. civ. Prax.*, LXXII (1888), bladz. 161—257) en Bekker (t. a. p., bladz. 63 vlg.) het tegendeel beweren. Zooveel is zeker, dat onze Nederlandsche juristen hem op dien weg niet volgen mogen.

een bittere pil. Want het dwingt hen, zich eene overeenkomst te laten welgevallen, daar, waar zij haar bestaan op gronden van hoogere doelmatigheid moesten ontkennen. Zij mogen zich echter troosten met de gedachte, dat deze overeenkomst op hechteren grondslag rust, dan zij kan ontleenen aan doelmatigheidsgronden, die hunne waarde verliezen voor anderen, welke met evenveel recht juist het omgekeerde voor doelmatig gaan uitgeven.

Des te meer moet het ons verwonderen, dat een wetskenner als Diephuis, bij zijne uitnemende beslissing in ons uitgangsvoorbeeld, zich dezen steun heeft laten ontglippen. Want de Hoogleeraar meent, dat de wet zich tegen zijne oplossing van het probleem der oneigenlijke dwaling niet zou verzetten; dat zij „dit punt onbeslist heeft gelaten" [1]). Wij hopen integendeel te hebben aangetoond, dat de wet, door hare voorschriften van uitlegging, de door Diephuis, in het belang van het maatschappelijk verkeer, gewenschte gebondenheid van Oppenheim gebiedend eischt. Zij verbiedt, om van duidelijke woorden door uitlegging af te wijken. Zij wil niet, dat de dwalende voordeel geniete ten koste van zijn medecontractant.

Maar valt onze wet nu niet in het tegenovergestelde uiterste? Doet zij niet den mede-contractant profiteeren ten koste van hem, die in dwaling verkeerde? Zal niet aan ieder, die zich verspreekt of verschrijft, of van eenig noodlottig misverstand de dupe wordt, art. 1378 onmeedoogend moeten worden tegengeworpen? Leven wij onder een recht, dat het lijdelijk aanziet, hoe iemand, door den kleinsten misslag in woord en uitdrukking, de aanzienlijkste schade lijdt; wellicht — men denke maar weer aan ons voorbeeld en de schade van 61,178 gl. — voor goed te gronde wordt gericht?

Men zij gerust. Want alleen dan wordt door art. 1378 geen beroep op de afwijkende bedoeling toegelaten, wanneer de woorden duidelijk zijn. Maar wanneer zijn ze dat? Juist dit is de vraag.

---

[1]) T. a. p., bladz. 103.

Toen, in het concrete geval, Oppenheim aan Weiller telegrafeerde: „verkoop duizend stuks Oostenrijksche credietactiën", toen waren die woorden zeer zeker duidelijk. Maar zijn diezelfde woorden het ook onder alle omstandigheden? Stel Oppenheim had Weiller kort van te voren gesproken, en, bij dat gesprek, zijn voornemen te kennen gegeven, om hem met den aankoop dier effecten te belasten, zoodra de koers tot zeker bedrag gedaald was. Zoude Weiller zich dan nog, bij hetzelfde telegram, op de duidelijkheid der woorden mogen beroepen? Zoude hij het ook mogen zelfs, al wist hij van de voornemens van den afzender niets, indien de koers zoo laag was, dat het voor een vakman eenvoudig belachelijk mocht heeten, in die omstandigheden te gaan verkoopen? Of zal men in deze gevallen inderdaad Oppenheim tot het bewijs toelaten, dat in dit verband de woorden voor den ander onduidelijk moesten zijn, zoodat hij er zich niet klakkeloos op mocht verlaten?

Wie onder „duidelijke woorden" in art. 1378 alleen datgene wil verstaan, wat naar de regels der taal duidelijk is, zoude ook nu nog aan onzen bankier het beroep op zijne bedoeling moeten weigeren. Maar hij zoude tevens uit het oog verliezen, dat naast art. 1378 staan de artt. 1374 en 1375, die aan alle overeenkomsten den maatstaf aanleggen der billijkheid en der goede trouw [1]). Die billijkheid nu en die goede trouw verbieden, aan den letterlijken, grammaticalen zin der gebruikte woorden zich vast te klampen. Zij eischen, dat men, om de bedoeling der woorden te vatten, niet op hun algemeene beteekenis lette, maar, gelijk redelijken en

---

[1]) Men zegge niet, dat deze artikelen, omdat zij het bestaan der overeenkomst veronderstellen, bij de vraag naar het bestaan geen gewicht in de schaal leggen. Wel eischt art. 1374 *uitvoering* ter goeder trouw. Maar de uitvoering hangt af van de opvatting, de uitlegging der overeenkomst, zoodat het artikel eigenlijk niets anders zeggen wil, dan dat bij het vaststellen der door partijen bedoelde verplichtingen, d. i. bij de uitlegging, de goede trouw in aanmerking dient te worden genomen. Zie ook Hartmann, t. a. p., bladz. 32.

ordentelijken lieden betaamt, den zin opspore, welken zij, in dit bestaande geval en tusschen deze personen, hebben moesten.

Wij zouden deze stelling kunnen toelichten met een beroep op de voortreffelijke geschriften van Leonhard en vooral van Hartmann over ons onderwerp. Wij zullen het echter niet doen. Want wij hebben een zegsman, die aan onze wet veel nader staat, en van wien men het reeds daarom moet betreuren, dat zijn gezag ten onzent in de laatste jaren, meer dan verdiend en noodig was, aan dat der Duitsche wetenschap is opgeofferd.

Wij bedoelen Pothier [1]).

Deze stelt het geval [2]), dat iemand van een ander een vertrek in huur heeft van een huis, welks overige gedeelte door den eigenaar zelf bewoond wordt. Een nieuw huurcontract wordt aangegaan in de volgende bewoordingen: „J'ai donné à louer à un tel ma maison pour tant d'années, pour le prix porté au précedent bail." Mag nu de huurder, afgaande op de grammaticale beteekenis der gebruikte woorden, zich als huurder van het geheele huis beschouwen? „Non," antwoordt de jurist, „car quoique ces termes *ma maison*, dans leur sens grammatical, signifient la maison entière et non un simple apartement, néanmoins il est visible, que notre intention n'a été, que de renouveler le bail de l'apartement, que vous teniez de moi, et cette intention, dont on ne peut douter, doit prévaloir aux termes du bail".

Wat leerde dus Pothier den rechter, en wat schreef, op zijn gezag, onze wetgever, in navolging van den Franschen [3]), hem voor?

---

[1]) Deze bladzijden waren reeds geschreven, toen ons in handen kwam het boven aangehaalde o. i. voortreffelijke proefschrift van Smit, waarin hetzelfde voorbeeld van Pothier voor hetzelfde betoog gebruikt wordt (bladz. 132).

[2]) *Traité des obligations*, n°. 91.

[3]) Dat er niet, gelijk Opzoomer (t. a. p. VI, bladz. 167 vlg.) en Drucker, *Rechtsgel. Magazijn*, III (1884) bladz. 251, beweren, een materiëel verschil bestaat tusschen onze regels van uitlegging en die van den C. C., wordt o. i. afdoende aangetoond door Smit, t. a. p., bladz. 133.

Om, bij de uitlegging, zich niet af te vragen, welke de grammaticale beteekenis der gebruikte termen is. Maar om zich evenmin af te vragen, wat elk der partijen voor zich met zijne woorden bedoeld had, doch hoe de tegenpartij, met inachtneming van alle hem ten dienste staande hulpmiddelen, die woorden moest opvatten. Omstandigheden, die, wel is waar, de werkelijke bedoeling van den een buiten twijfel kunnen stellen, doch aan den ander niet bekend behoeven te zijn, late hij buiten aanmerking.

Maar, evenmin als hij acht mag slaan op de verborgen bedoelingen van hem, die de verklaring afgaf, evenmin mag hij de subjectieve opvatting van hem, tot wien ze gericht was, in aanmerking laten komen. Immers, niet dit mag de vraag zijn, hoe deze den spreker begrepen heeft, maar hoe hij hem begrijpen moest.

Boni viri arbitrio kortom dient de rechter zich tegenover de onderhandelingen der partijen te stellen, en te trachten, voor zooveel dit, op grond der bestaande gegevens, en met inachtneming van alle bekende en begeleidende omstandigheden van het concrete geval, mogelijk is, den objectieven zin te vinden, om, wat deze oplevert, tusschen partijen als overeengekomen te laten gelden.

Ziedaar het stelsel van uitlegging, dat in de artt. 1374, 1375, 1378 en 1379 onzer wet, in hun onderling verband beschouwd, ligt opgesloten, en waarnaar de invloed der dwaling, in ieder voorkomend geval, dient te worden beoordeeld —.

Thans eerst, nu het stelsel der wet is blootgelegd, mag ook de vraag ter sprake komen, welke der beide opvattingen, die men, als wil of vertrouwen, tegenover elkaar pleegt te stellen, in dat systeem is belichaamd. En het antwoord moet, meenen wij, luiden, gelijk wij boven reeds vermoedden, dat het, bij een procédé van eeuwen, luiden zoude: geen van beiden uitsluitend. De wetgever heeft inderdaad meerdere vliegen in één klap gevangen.

Want de wet huldigt niet eenzijdig de vertrouwenstheorie. Immers, deze beschouwt de verbintenis uit overeenkomst als

het van den wil onafhankelijk rechtsgevolg, dat de wet aan de consensuëele wilsuiting verbindt [1]). Zij wil u binden, niet aan hetgeen gij wilt, maar aan hetgeen gij zegt te willen. Zij wil u aansprakelijk stellen voor alle door uwe tegenpartij ondervonden nadeelen, wanneer die, bij het aangaan van eene overeenkomst, het gevolg daarvan zijn, dat zij op grond van uwe woorden vertrouwd heeft en vertrouwen moest, dat gij u wildet verbinden [2]). Derhalve is, om eene overeenkomst te kunnen sluiten, het bezit van een normaal wils- en kenvermogen geen vereischte [3]). De handeling moge verricht zijn in dronkenschap of in krankzinnigheid, door een minderjarige of onder curateele gestelde, zij blijft er een overeenkomst om [4]), en zal de gewone rechtsgevolgen in het leven roepen, zoo er tenminste geene omstandigheden waren, waaruit de tegenpartij de onbekwaamheid had moeten afleiden.

Voor deze opvatting — wij herhalen het — is naar onze meening, in de wet geen plaats. Zij omschrijft om slechts enkele grepen te doen, de overeenkomst als eene handeling [5]), en verlangt derhalve bewuste wilsuiting [6]). Zij veronderstelt, dat iemand, die in de onmogelijkheid is om zijn wil te verklaren, geen overeenkomst kan sluiten [7]). Zij noemt minderjarigen en onder curateele gestelden onbekwaam om overeenkomsten te treffen [8]), en eischt dus niet het uiterlijk blijken

[1]) Moltzer, *Handelingen der Ned. Juristenvereeniging*, 1889. I, bladz. 138; Naber, *Rechtsgel. Magazijn*, VIII (1889), bladz. 22 vlg.

[2]) Modderman, *Wil of vertrouwen*, (Groningen, 1880), blz. 39 vlg.

[3]) Moltzer, t. a. p., bladz. 139, 142, 143.

[4]) Naber, *Rechtsgel. Magazijn*, VIII (1889), bladz. 573, spreekt van „*verschijnselen* waarop door den rechter het étiket handeling wordt bevestigd".

[5]) Art. 1349.

[6]) Het tegendeel wordt door Fockema Andreae, Moltzer, Naber en Smit beweerd, op grond der bepaling van art. 501 B. W. Wellicht vinden wij nog eens de gelegenheid aan te toonen, dat dit artikel ook eene andere opvatting toelaat. Thans mogen wij van de Redactie niet meer plaatsruimte vergen.

[7]) Bijv. art. 180.

[8]) Art. 1366.

van, maar het werkelijk aanwezig zijn dier maatschappelijke ontwikkeling, welke men gewoon is als handelingsbekwaamheid aan te duiden. In zooverre staat zij beslist aan de zijde van hen, die meenen, dat, zonder den wil als rechtscheppenden factor, van individueele regeling van zaken, en dus van privaatrecht, geen sprake meer kan zijn.

Maar zij deelt van den anderen kant niet in de overdrijving van hen, die in de werkelijk aanwezige bedoeling, in het samentreffen der gedachten, de causa efficiens der overeenkomst zien; die, willen zij consequent zijn, de verklaring eenvoudig moeten beschouwen als het middel, om de bedoeling aan het licht te brengen [1]), en de uitlegging als een pogen, om, uit al wat men van den spreker te weten kan komen, de innerlijke gedachte op te sporen, waaraan de verklaring bestemd was uitdrukking te geven. Want al heeft de wet, om met Cort van der Linden [2]) te spreken, het subjectieve element niet willen doen *verdwijnen*, zij aarzelt niet het te doen *verwijderen*. Immers zij eischt — de teekenachtige uitdrukking is van Levy — dat de wil worde gehanteerd uit het oogpunt van vertrouwen [3]). Daarom staat zij den rechter toe, uit het geheel der omstandigheden, waaronder de verklaring plaats greep, naar objectieven maatstaf beoordeeld, eenen wil af te leiden, aan welks verklaring door den spreker in het geheel niet was gedacht. Zij staat toe, dat de rechter, bij zijne uitlegging, niet in de eerste plaats den concreten mensch raadplege, maar de ervaring van het leven, dezelfde ervaring, die hem antwoord moet geven op de vraag, wat hij te verstaan heeft onder de zorg van een goed huisvader en zoovele andere rechtsbegrippen, wier omvang onmogelijk door opgave van uiterlijk waarneembare en nauwkeurig begrensde eigenschappen is vast te stellen. Die ervaring doet hem hier den redelijken, nauwgezetten, met

---

[1]) Zoo Feith, t. a. p, bladz. 374.

[2]) *Rechtsgel. Magazijn*, II (1883), bladz. 15.

[3]) *N. B. v. R. en W.*, 1881, bladz. 352. Geheel in denzelfden geest ook Dernburg, t. a. p., bladz. 225 vlg.

wets- en verkeersvormen vertrouwden mensch kennen, die hem leert, wat hij in gevallen, als het onderhavige, zoude gewild hebben. En wat hij zoude gewild hebben wordt in de verklaring van de concrete partij ingelegd, en als diens obligatoire wilsuiting beschouwd.

Dat die wil geheel iets anders kan zijn, dan de bedoeling van hem, die de verklaring afgaf, wie zal het ontkennen?

Doch men overdrijve niet. Gewoonlijk zal iemand ook inderdaad bedoelen, wat langs den aangegeven weg uit zijne verklaring wordt afgeleid. En omdat het nu ook anders kan zijn, is het daarom „zoo'n bijster treurig woordengeknutsel" [1]) van wil en wilsverklaring te blijven spreken? Wij meenen, dat hier hetzelfde gebeurt, wat bij alle benamingen a potiori plaats grijpt: de afwijkingen worden met de normale gevallen over één kam geschoren; en wat hier voor groot kwaad in steekt, is ons alsnog niet duidelijk.

Men neme eens de testamenten. Ook voor deze geldt in ons recht, hetzij dan te recht of ten onrechte, in hoofdzaak het boven ontwikkelde stelsel van uitlegging. Ook hier kan dus de rechter als iemands bedoeling iets voor den dag brengen, waaraan hijzelf allerminst heeft gedacht.

Moet nu daarom de naam van uiterste wilsbeschikking, als een treurig woordengeknutsel, uit de rechtswetenschap verbannen worden?

Wij meenen — en voorzoover ze dit bedoelden, scharen wij ons onvoorwaardelijk aan de zijde van Feith en Opzoomer — wij meenen, dat deze benaming geoorloofd is niet alleen, maar dat zij zelfs hare nuttige zijde heeft. Mits men zich slechts spene van hetgeen van Bemmelen waarschijnlijk bedoelde, toen hij sprak van den „natuurrechtelijken humbug van wil en wilsverklaring" [2]). Dat wil zeggen, mits men, in de eerste plaats, niet uit het oog verlieze, dat het juridieke begrip van wil, evengoed als bijv. het juridieke

---

[1]) Zoo **Moltzer**, t. a. p., bladz. 152.
[2]) *Rechtsgel. Magazijn*, VIII (1889), bladz. 352.

begrip van vrijheid, iets anders is, dan het gelijknamige philosophische. En mits men, in de tweede plaats, door het woord *wil* zich niet late verleiden, om, voor de juridieke beoordeeling eener handeling, zich van de exact-psychologische analyse van het handelingsbegrip te bedienen. Voor wien deze klippen weet te omzeilen heeft de benaming wil en wilsverklaring de onmiskenbare verdienste, dat zij hem behoedt voor de zonderlinge inconsequentie, om, aan den eenen kant, bij de onrechtmatige handeling toerekenbaarheid te vorderen, en van den anderen kant te leeren, dat men, door een rechtmatige handeling, buiten willen en weten, zelfs zonder bewustzijn, geruïneerd kan worden [1]).

Alzoo — de wil gehanteerd uit het oogpunt van vertrouwen: ziedaar het standpunt van onzen wetgever in het dwalingsprobleem. Behoeft hij nu te vreezen, dat hij in dat probleem „de weegschaal der gerechtigheid met volle zwaarte naar een der partijen doet overhellen?" [2]). Reeds boven gaven wij op deze vraag een ontkennend antwoord. Tot besluit vergunne men ons nog een tweetal voorbeelden uit de rechtspraak mede te deelen, waarin over dezelfde dwaling wordt beslist, en waaruit, sprekender dan uit uitvoerige beschouwingen, blijkt, hoe de voorschriften onzer wet den verstandigen rechter, die ze met beleid weet toe te passen, in staat stellen, den dwalende de bescherming te verleenen, waarop hij, naar billijkheid en goede trouw, aanspraak heeft, zonder den medecontractant te onthouden, wat hem, eveneens naar billijkheid en goede trouw, toekomt.

Tot eene particuliere schilderijenverzameling [3]) dan behoorde een stuk, dat op den catalogus dier verzameling genoemd stond als „Gastmaal bij Simon den Pharisaeër. Bijna voltooide

---

[1]) Zoo Moltzer, t. a. p., bladz. 138; Naber, *Rechtsgel. Magazijn*, VIII (1889), bladz. 573 noot 2.

[2]) De woorden zijn van Moltzer (t. a. p., bladz. 162).

[3]) Het geval wordt vermeld bij Pataille, *Annales*, XII, bladz. 99, 100, en besproken door Kohler, *Jahrb. f. Dogm.*, XXVIII (1889), bladz. 26 vlg.

schets door Paolo Veronese, naar de groote schilderij, die zich bevindt op het Museum van het Louvre". Bij het versterf van den eigenaar werd de geheele verzameling publiek verkocht, doch het hier bedoelde stuk kon geen kooper vinden. Later werd het echter onderhands overgedaan aan zekeren D. Deze verhandelde het weder aan J. voor 6000 francs, en omschreef het stuk in de kwitantie als eene schilderij, voorstellende het gastmaal bij Simon den Pharisaeër, bijna voltooide schets door Paolo Veronese, naar de groote schilderij, die zich bevindt in het keizerlijk Museum te Parijs.

Later bleek de schets niet van Paolo Veronese te zijn; de kooper beriep zich op zijne dwaling, doch werd door de rechtbank van de Seine in het ongelijk gesteld.

Ziedaar het eene geval. En nu het andere [1]).

Een Parijsch kunstkooper had te 's Hage eene schilderij gekocht voor 1800 gl., en zulks in de meening, dat zij vervaardigd was door den beroemden schilder Decamps, en afkomstig van de „vente Decamps". Op de rekening stond ook hier vermeld de post „Tableau Decamps".

Later bleek het stuk niet van Decamps te zijn; de kooper beriep zich op zijne dwaling, en werd door de rechtbank te 's Gravenhage in het gelijk gesteld.

Hier hebben wij alzoo twee gevallen, die, voor het uiterlijk althans, als twee droppels water op elkander gelijken. In beide gevallen dezelfde verklaringen, en in beide gevallen achter die verklaringen dezelfde valsche voorstelling. In het eerste geval wordt de verklaring tegenover de afwijkende bedoeling gehandhaafd, en in het andere geval geeft de bedoeling boven de verklaring den doorslag. Beide beslissingen aanvaarden wij als de zuivere consequenties van het stelsel onzer wet.

Immers, waarom werd, in het eerste geval, een beroep op de afwijkende voorstelling niet toegelaten? Omdat de goede

---

[1]) *W.* n°. 4103. Zie over dit geval en het daarin gewezen vonnis mijn Proefschrift, bladz. 145 vlg.

trouw het verbood. Omdat zij verbood, den verkooper aansprakelijk te stellen voor de gevolgen eener dwaling, wier bestaan hij niet behoefde te veronderstellen, wier nietbestaan hij integendeel mocht aannemen.

Maar de kwitantie dan en de aanduiding op den catalogus? Kon de verkooper niet redelijker wijze verwachten, dat dit den kooper, zelfs zoo hij nog niet in dwaling was, in dwaling moest brengen? In dit speciale geval allerminst, zouden wij meenen. Het was den kooper bekend, dat het stuk op de publieke veiling, niettegenstaande zijne pompeuse beschrijving, geen liefhebber had kunnen vinden. Dit had hem tot nadenken moeten stemmen. En dat het hem dan ook tot nadenken gestemd had, blijkt, mocht men althans afleiden uit het feit, dat hij voor het stuk slechts 6000 francs betaald had: een prijs, die voor een echte Paolo Veronese belachelijk was. En eveneens mocht men het afleiden uit de omstandigheid, dat hij den verkooper had voorgesteld, den prijs door een deskundige te doen bepalen. Want wat had hierop de verkooper geantwoord? Hij had het uitdrukkelijk geweigerd.

Gaat het nu inderdaad aan, om, wanneer men, niettegenstaande dit alles, toch koopt, zich naderhand er op te beroepen, dat men meende heel wat anders gekocht te hebben? En wil men de rechtbank van de Seine van hardheid en onbillijkheid beschuldigen, dat zij dat beroep afwijst met de overweging: „qu'il ne pouvait imputer qu'à sa propre imprudence l'erreur et le préjudice, dont il se plaint aujourdhui?"

Hoe geheel anders stonden de zaken in het Haagsche geval! Hier had de negotie plaats gehad onder de volgende omstandigheden. De verkooper had aan den kooper doen schrijven twee brieven, waarvan de eerste aldus aanving: „ci-joint un croquis d'un tableau de Decamps" en het post-scriptum bevatte: „il est signé de toutes lettres." Bij den brief was een schets gevoegd, waarop door den verkooper zelven geschreven was: „vente Decamps". De tweede brief, die op deze zaak betrekking had, begon aldus: „Je viens à l'instant

même recevoir la réponse à ma demande de vous confier le Decamps"; en hield vervolgens eene uitnoodiging in, aan den kooper, om het stuk te komen zien, daar het hem niet mocht worden toegezonden. Bij dit stuk was gevoegd een door den verkooper geparapheerd epistel van dezen inhoud: „men is niet genegen de Decamps af te staan, voor verzending wordt mij geweigerd".

Welk een geheel andere beteekenis kregen, in het licht van al deze omstandigheden, de op de kwitantie voorkomende woorden, dan diezelfde woorden, op hetzelfde stuk, hadden in het eerste geval. Daar mocht men terecht beslissen: „que la quittance ne contient aucune stipulation de garantie, que les énonciations, qui s'y trouvent relatées ne sont que la réproduction même affaiblie du catalogue, qu'elles paraissent avoir eu pour objet entre les parties de constater la provenance et l'identité du tableau, dont la livraison était ajournée, bien plus que de garantir l'originalité de l'oeuvre". Hier daarentegen werd met reden uit de kwitantie afgeleid, dat „den eischer een stuk is te koop aangeboden van Decamps en afkomstig van de *vente Decamps*".

Maar dit is nog niet alles.

Er bestaat tusschen de beide gevallen een principiëel verschil, dat op de in nagenoeg dezelfde termen tot stand gekomen negoties een geheel verschillend licht doet vallen.

In de Haagsche zaak gold het den verkoop van een schilderij van een nieuwen meester. Bij de zoodanige nu heeft de aanduiding van den naam een geheel ander karakter, dan bij die van een ouden. Hier is het toch mogelijk zich naar den auteur te vergewissen. En wie ze verkoopt als het stuk van een bepaald schilder mag omgekeerd geacht worden, van haar oorsprong op de hoogte te zijn, en voor dien oorsprong in te staan.

Maar bij een oude? Onder de grootste critici heerscht vaak strijd, niet alleen over het karakter der kunst van een bepaald schilder, maar zelfs over de methode, om tot de kennis van dat karakter te geraken. Daarom mag men veilig als regel

aannemen, dat, wie, als verkooper, eene oude schilderij met name aanduidt, eenvoudig bedoelt, de conventioneele meening over dat stuk weer te geven, althans, zoo hij niet uitdrukkelijk voor de echtheid instond.

De Parijsche rechtbank heeft dit ingezien. Zij overwoog „que parmi les oeuvres magistrales de la peinture, il en est en effet de très accréditées, dont l'authenticité n'est cependant pas encore à l'abri de la controverse, et qui n'offrent aux transactions qu'une valeur de tradition plutôt que celle d'une origine susceptible d'être démontrée et garantie". En zij toonde, door deze overweging vooral, uitnemend in te zien, hoe de regels van uitlegging, die zij had toe te passen, haar het recht gaven, om, alvorens te beslissen, tot in de fijnste bijzonderheden van het concrete geval door te dringen, ten einde na te gaan, wat door de billijkheid en de goede trouw geeischt werd.

Want — en hierop wenschen wij ten slotte met nadruk de aandacht te vestigen — het waren de regels van uitlegging, dezelfde regels naar welke Diephuis in zake Weiller—Oppenheim de oneigenlijke dwaling behandelde, die ook hier, aan de uitspraak over eigenlijke dwaling, ten grondslag lagen. Wel wordt in beide vonnissen van de zelfstandigheid der zaak gewag gemaakt, en aldus de schijn aangenomen, alsof niet de wettelijke voorschriften omtrent de uitlegging, maar die van art. 1358 B. W. den doorslag hebben gegeven. Maar juist die verwijzing, hier, in deze vonnissen, naar art. 1358 bewijst nog te duidelijker, wat wij boven reeds hebben aangetoond, hoe deze geheele onderscheiding van eigenlijke en oneigenlijke dwaling buiten de praktijk van het leven omgaat. Want welke was nu hier de eenige invloed van art. 1358? Geen andere, dan dat de rechter, na het resultaat zijner uitlegging te hebben vastgesteld, de geheel overtollige en onmogelijke fictie inschoof, dat dat resultaat was: de zelfstandigheid der zaak [1]).

[1]) Zie hierover mijn Proefschrift bladz. 132—149. Dat de verschillende

Daarom schrappe men hoe eer hoe liever art. 1358. Want het gevaar bestaat, dat niet alle rechters zoo onbevangen zullen zijn, om, wat de billijkheid eischt en de wet zelf, blijkens haar stelsel van uitlegging, als rechtvaardig erkent, door een fictie met de uit misverstand voortgekomen speciale voorschriften van art. 1358 in overeenstemming te brengen. Vonnissen, als die der arrondissements-rechtbank te Zwolle [1]), waarbij de beslissing over duizenden aan onroerende goederen wordt afhankelijk gesteld van de vraag, of ook een onlichamelijke zaak eene zelfstandigheid bezit, mogen tot nadenken stemmen.

Maar niet alleen aan de praktijk, ook aan de theorie zal, met de verdwijning van art. 1358, eene groote verleiding benomen zijn, om in troebel water te visschen. Is eenmaal art. 1358 uit de wet verdwenen, dan vervalt voor haar van zelf de grootste aanleiding, om zich te begeven in psychologische raadselen, wier ontcijfering zelfs aan de mannen van het vak de grootste moeite kost. Want dan behoeft zij, ter wille van de wet, niet meer te zoeken naar de onderscheiding tusschen eigenlijke en oneigenlijke dwaling: zij mag openhartig erkennen, wat de praktijk reeds lang begrepen heeft, dat het geheele leerstuk der dwaling niets anders is, dan een onderdeel van de leer der uitlegging.

„Les sciences“ — het woord is van Leibnitz — „progressent en se simplifiant“. Voor welke wetenschap men deze woorden moge wraken, zeker niet voor de onze, die er trotsch op is, eene practische te zijn.

theorieën betreffende de dwaling steeds optreden als eene omschrijving van het begrip error in substantia, is, hoewel af te keuren, toch verklaarbaar. In het leven zijn het vooral vergissingen omtrent de eigenschappen, die tot geschil aanleiding geven. Zoo werd de error in substantia in ons vraagstuk, wat v. Jhering zoo geestig genoemd heeft (*Geist*, II, bladz. 322) het „historische Durchbruchspunkt“: het concrete geval, waarin de abstracte gedachte voor het eerst zich openbaarde, om pas later in hare volle consequentie te worden ontwikkeld.

[1]) *W.* 5035. Zie over deze quaestie mijn opstel in *Rechtsgel. Magazijn*, IX (1890), bladz. 228 vlg.

DIE GRUNDZÜGE DES ENTWURFS EINES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS FÜR DAS DEUTSCHE REICH UND SEINER BEURTEILUNG IN DEUTSCHLAND,

VON

Dr. RUDOLF LEONHARD,

Professor der Rechtswissenschaft in Marburg.

Die Entstehungsgeschichte einer Abhandlung ist in der Regel dem Leser gleichgiltig und nur für den Verfasser von Interesse. Und doch darf dieser von ihr reden, sobald sie ihn gegen eine ungerechte Beurteilung schützt.

Eines solchen Schutzes bedürfen die nachfolgenden Ausführungen allerdings in hohem Maasse. In kurzer Zeit zur Unübersichtlichkeit angeschwollen liegt eine mächtige Gedankenmasse vor uns, welche sich an den Entwurf der Deutschen Privatrechtsordnung in der Form von Besserungsvorschlägen, von Lob und Tadel angelehnt hat. Von allen Seiten her zusammengeflossen, wälzt sich ihr Strom inmitten unseres Geisteslebens dahin, unausgesetzt durch Nebenflüsse vermehrt. Nicht leicht verspürt ein Rechtslehrer den Wunsch, ein solches Schauspiel in seinen Grundzügen in einen Rahmen hineinzuzeichnen, welcher ihm im Voraus auf wenige Druckbogen abgesteckt worden ist, und dies vor einem Leserkreise, von dem zu erwarten ist, dass sich seine Anforderungen an Darstellungskunst auf mehr als einem Gebiete zu einer ungewöhnlichen Höhe herangebildet haben. Dazu kommt, dass bei einem Gesetzbuche die kleinste Einzelheit ein Ding von allgemeiner Bedeutung ist und darum eine Grenzlinie, welche das Allgemeinste aus dem Allgemeinen heraushebt, nur schwer gezogen werden kann. Und doch muss hier, wie bei einer jeden Skizze der Anspruch auf Vollständigkeit im Ein-

zelnen dem Streben nach Uebersichtlichkeit des Ganzen weichen.

Allein auch da, wo man ungefragt gern schweigt, lässt man sich dennoch zum Reden bewegen, sobald eine freundliche Aufforderung den Haupttheil der Verantwortung dafür übernimmt, dass das Wort ergriffen werden soll. Die Redaction dieser Zeitschrift ertheilte dem Verfasser den ehrenvollen Auftrag, welchem er jetzt entspricht. Dadurch nahm sie die voraussehbaren Mängel der Ausführung in den Kauf und gewährte dem Beauftragten die Hoffnung auf einen nachsichtigen Leserkreis. Dass er eines solchen in hohem Maasse bedarf, fühlt er um so mehr, je näher er dem Gegenstande seines Berichtes getreten ist. In seiner Berufsarbeit musste er dem Deutschen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs als Rechtslehrer sowie als Berichterstatter einer Zeitschrift eine mehr als zweijährige Thätigkeit widmen [1]. Was ihm dabei vornehmlich bewusst wurde, waren weniger Mängel des Werkes als die Gefahren einer voreiligen Aburteilung.

Auch noch aus einem andern Grunde konnte ein Urteil über das vaterländische Werk, welches im Werden ist, nicht leichten Herzens veröffentlicht werden. Für Deutschlands Recht ist das Gelingen des neuen Gesetzbuches eine Lebensfrage. Seine Unvollkommenheit würde später heilbar sein, sein Scheitern einen unersetzlichen Nachtheil bedeuten. Deshalb beunruhigt eine jede Kritik des Werkes die grosse Mehrheit unserer Landsleute, welche aus gutem Grunde sich scheut, ohne besondere Vorkenntnisse die wohl durchdachte Schöpfung selbst zu beurteilen.

Dieses Bedenken milderte sich freilich im Hinblick auf

---

[1]) In von Kirchenheim's *Centralblatt für Rechtswissenschaft* hat der Verf. einen grossen Theil der Entwurfs-Literatur angekündigt (Bd. 7—9). Auch zwei Schriften, welche aus besondern Anlässen entstanden sind, hat er dem neuen Werke gewidmet: *Der Irrthum als Nichtigkeitsgrund im Entwurfe* u. s. w. (Berlin, Guttentag 1889), ein Gutachten für den 20ten Deutschen Juristentag, und: *Die Eideszuschiebung in Familienprocessen nach dem Entwurfe* u. s. w. Marburg, Elwert 1890, eine Festgabe für Georg Wilhelm Wetzell.

den Ort und die Zeit der Veröffentlichung dieses Aufsatzes. Er ist nicht der Heimath des Verfassers gewidmet, sondern einem Nachbarlande, demjenigen, welchem Deutschland auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft nicht viel weniger verdankt als in dem Bereiche der Kunst. Dort darf für jede wichtige Erscheinung des Rechtslebens Theilnahme und Verständniss erwartet werden, aber trotzdem nicht der Wunsch einer Parteinahme für oder gegen den Inhalt eines zukünftigen Deutschen Gesetzbuches. Wer nicht nach der Vorschrift der neuen Satzungen zu leben braucht, wird nur ihre Schilderung, nicht Empfehlungen oder Warnungen begehren. Darum kann der Deutsche hier, wo er über Lebensbedingungen seines Vaterlandes redet, vor dem Nachbarn leichter als vor dem Landsmanne den leidenschaftslosen Ton eines rein wissenschaftlichen Berichtes wahren.

Aber auch die Zeit, in welcher diese Worte geschrieben werden, stimmt zur nüchternen Betrachtung und zum unbefangenen Schildern. Sofern man Zeitungsgerüchten glauben darf, ist der Plan einer Umgestaltung des Entwurfes nahezu vollendet. Die Akten der Kritik sind, wie es scheint, bereits geschlossen und jedes gegenwärtige Streben, den Inhalt des Werkes zu beeinflussen, würde wohl an verschlossene Thüren pochen [1]. Aber gerade hierdurch wird die Darstellung des Entwurfes frei von dem Verdachte, auf greifbare Erfolge hinzustreben und vermag durch ihre Wunschlosigkeit leichter den Glauben an ihre Unparteilichkeit zu erwecken.

Darum würde die nachfolgende Skizze sich gern eines jeden Urteils über den Entwurf enthalten, wenn es nur überhaupt möglich wäre, einen umfangreicheren Gegenstand im engen Rahmen zu schildern, ohne dass dabei die Mitarbeit des eigenen Empfindens bemerkbar wird. Jedes Gemälde,

---

[1]) Neuerdings scheint es freilich, als ob erst in Zukunft durch eine neue Commission die Ueberarbeitung des Entwurfes erfolgen soll. Ein solches Verfahren wird z. B. in dem Leitartikel der Nro 503 der *Berliner Nationalzeitung* (v. 9 Sept. 90) befürwortet. Vgl. auch de Pinto im *Rechtsgeleerd Magazijn*, Bd. 9, 1890, S. 92 ff.

welches seinen Inhalt verkleinernd darstellt, wird von den innern Erlebnissen seines Urhebers mit bestimmt. Wer aus den unzähligen Linien eines Bildes, das vor seinen Augen liegt, die Grundzüge heraushebt, zeigt in der Wahl, welche er trifft, die Stimmung seines Herzens und die Art seiner Beziehung zu dem Vorbilde seiner Arbeit. Gerade so ergeht es auch dem Berichterstatter, welcher eine grosse Gedankenmasse mit einem kleinen Wortschatze wiederzugeben sucht. Die Ausdrücke, deren er sich bedient, verrathen dem kundigen Leser seine innersten Gedanken. Es giebt wohl abkürzende Berichte, welche gänzlich unbefangen zu sein scheinen, nicht aber solche, welche es wirklich sind. Aus diesem Grunde will der Verfasser den Schein einer erheuchelten Theilnahmlosigkeit verschmähen und nirgends mit seinem Urteile zurückhalten, aber nur, soweit dies nöthig ist, um darzustellen. Die Schilderung soll sein Ziel, die Abschätzung nur ein Mittel sein, und insofern glaubt er das Recht zu haben, von seiner Arbeit den Namen einer Kritik abzuwehren.

In schrittweisem Vordringen soll ein Ueberblick über den Inhalt des Entwurfs gegeben werden mit gelegentlichen Seitenblicken auf die „Motive“ und auf die Litteratur. So hofft der Verfasser dem Leser die Möglichkeit zu gewähren, abschliessende Urteile über das Ganze selbst zu fällen und nicht blos entgegenzunehmen.

Um jedoch mit unbefangenem Sinne an das Werk heranzutreten, muss man zunächst sich über die Ursachen der Eindrücke klar zu werden suchen, welche der Veröffentlichung des Entwurfes zunächst folgten und so bemerkenswerth waren, dass sie auch ausserhalb der Grenzen Deutschlands nicht unbeachtet geblieben sein können. Als ein Erisapfel fiel die neue Schöpfung in die Juristenwelt hinein; ein lebhafter Streit über ihren Werth brach aus, mit Leidenschaft und Hartnäckigkeit geführt [1]). Diese Erscheinung verlangt

[1]) Das bedeutendste Werk, welches sich gegen den Entwurf gerichtet hat und das höchste Aufsehn erregen musste, ist: O. Gierke, *der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Leipzig,

erklärende Gründe, welche nicht allzu schwer zu ermitteln sind, sobald man sich vergegenwärtigt, unter welchen Umständen die grosse Gesetzgebungsarbeit entstanden ist.

Als ein Seitenstück zur Einigung Deutschlands und eine Folge ihres Gelingens, als die Erfüllung eines Lieblingswunsches, welcher aus der Zeit der Ohnmacht und der Zerrissenheit Deutschlands stammend doppelt stark empfunden wurde, erwarteten wir die Vollendung des neuen Gesetzbuches nicht ohne Ungeduld. Allein seine Verfasser verleugneten die vaterländische Eigenart nicht. Sie liessen das geeinte Deutschland viele Jahre harren, bis endlich das Ergebniss ihrer Bemühungen hervortrat. In echt Deutscher Scheu vor Ungründlichkeit oder hohlem Wortklange brachten sie allmählich ein Werk zu Stande, dessen erbittertste Gegner sich vor der Sorgfalt und der Ausdauer beugen, welche ihm eher zu stark als zu schwach aufgeprägt sind [1]). Man muss sich diesen Gegensatz zwischen ihrer Zurückhaltung

---

1889 (vlg. auch den Vortrag desselben Verfassers: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889). Dies Buch ist gleich ausgezeichnet durch einen erstaunlichen Schwung der feurigsten Beredsamkeit, durch die gewissenhafteste Gründlichkeit im Einzelnen und durch eine reiche Fülle scharfsinniger Gedanken. Es ringt hier eine kampfesfreudige Geisteskraft mit den von römischen Rechtsgedanken genährten Anschauungen einer überwältigenden Mehrheit. Als ein Gegner des Entwurfes erscheint namentlich auch Menger in seiner geistvollen und überaus anziehenden Schrift: *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890. Einer unserer hervorragendsten Schriftsteller Bähr ist durch das Werk sogar so sehr enttäuscht, dass er in den *Grenzboten* (einer der verbreitetsten Zeitschriften Deutschlands) Jahrgang 1888, S. 391 ff., 450 ff. den Antrag gestellt hat, von der Gesamtkodifikation gänzlich abzustehen. Gegen den Entwurf auch Ring im *Arch. f. bürg. R.*, Bd. I, H. 1, S. 191 ff. — Seine Hauptstütze hat das Werk in den *Gutachten aus dem Anwaltstande.* Ferner ertheilen ihm auf Grund von Rechtsvergleichungen ein warmes Lob: Hachenburg, *Das französisch-badische Recht und der Entwurf* u. s. w. Mannheim, 1889, und ebenso — jedoch ohne kritische Erörterungen — Leske, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das preussische allgemeine Landrecht*, Leipzig, 1889.

[1]) Ueber die Einzelheiten der Entstehung des Entwurfes berichten: Vierhaus, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs* u. s. w. Berlin, 1888, und Schwartz im *Archiv für bürgerl. Recht*, Bd. I Heft 1, S. 1—190.

und der Sehnsucht des Volkes veranschaulichen, um die Wirkung zu verstehen, welche der Entwurf bei seinem Erscheinen ausübte. Auf der Seite der Rechtsgenossen ein heftiges Begehren nach einer unbekannten Erlösung, von der man alles Gute erwartete, welches der Rechtspflege unseres Vaterlandes zu fehlen schien, ein mächtiges Empfinden, das als Folge weltbewegender Ereignisse in den Deutschen Herzen nachzitterte, ein Zurückstreben zur altdeutschen Art, welches in der Dichtung wie im Rechtsleben den Aufschwung des neuen Reiches begleitete, und nun auf der andern Seite die Besonnenheit eines erwählten Kreises der gewissenhaftesten Beamten, welche in der strengen Pflicht, fremdes Wohl und Wehe zu bestimmen, zur höchsten Vorsicht herangereift waren und in der Schule eines trefflich gegliederten Staatswesens die gegebenen Berufsschranken mit ernster Selbstbeherrschung innezuhalten gelernt hatten, gewöhnt, eigene und fremde Wünsche zu zügeln, und unempfänglich für die flüchtigen Strömungen des Tages. Je länger also neben einander dort die erwartungsvolle Hoffnung, hier der entsagungsvolle Fleiss ihre Wirksamkeit entfaltet hatten, zu desto schärferer Spannung musste sich dieser Gegensatz steigern, um schliesslich, als das Werk aus seiner geheimnissvollen Hülle hervortrat und die Gegensätze auf einander platzten, eine gewittergleiche Erschütterung hervorzurufen. Diese wurde sicherlich dadurch nicht geringer, dass die Verfasser des Entwurfs es für gut befunden hatten den verhüllenden Schleier ihres verborgenen Schaffens nur halb zu lüften. Die Protocolle ihrer Berathungen und die Vorentwürfe, welche deren Grundlagen gewesen waren, wurden zwar vervielfältigt, aber nur einem kleinen auserwählten Kreise anvertraut. Es wurde sogar die Meinung ausgesprochen, dass den bevorzugten Empfängern dieser Gabe eine öffentliche Erwähnung ihres Inhaltes als eine unzulässige Indiscretion anzurechnen sein würde [1]). Diese Ansicht blieb freilich nicht

---

[1]) **Vierhaus**, a. a. O., S. 72 Anm. 4.

unangefochten, ja es wurde sogar (allerdings ohne Erfolg) die Veröffentlichung jener Vorarbeiten begehrt [1]). Was als „Motive“ dem bekannt gemachten Gesetzestexte beigefügt worden ist, ist ein fünfbändiger Auszug aus jenen verheimlichten Materialien, in ausserordentlich kurzer Zeit von Mitarbeitern der Gesetzgebungs-Commission verfertigt, als blosse „Privatarbeit“ ohne das Ansehn einer amtlichen Verkündung herausgegeben [2]), und nach seinem Werthe in sehr verschiedener Weise beurtheilt.

Diese unvollständige Aufklärung der wahren Triebfedern der vorgeschlagenen Vorschriften konnte der Aufnahme des Ganzen nicht günstig sein. Unsere Zeit ist an die öffentliche Verhandlung allgemeiner Angelegenheiten in hohem Maasse gewöhnt. Eine geheimnissvolle Umhüllung obrigkeitlicher Befehle ist den Völkern nur in den frühesten Entwickelungsstufen ein Bedürfniss; das Zeitalter vorgeschrittener Bildung ist geneigt ihr mit Misstrauen entgegenzutreten. Allein nicht blos die öffentliche Erledigung wichtigerer Dinge ist neuerdings üblich geworden, sondern auch ihre rückhaltlose Beurteilung. Und doch entspricht diesem Bedürfnisse nach Kritik auf dem Rechtsgebiete keineswegs eine Entwicklung der Beurteilungskunst. Während sich die Rechtswissenschaft in fast allen ihren Zweigen einer reichen Entfaltung rühmen darf, erfreut sie sich in dem wichtigsten, der Lehre von den Gesetzgebungserfordernissen, nur unzureichender Pflege, vermuthlich in Folge der weit verbreiteten Scheu vor dem Scheine oberflächlicher Ungründlichkeit, gegen welchen die Erörterungen allgemeinerer Fragen sich nur schwer vertheidigen können. Hieraus musste sich aber mit Nothwendigkeit der Uebelstand ergeben, dass die Prüfungsmaassstäbe, mit denen man an Form und Inhalt des Entwurfs herantrat, unter einander überaus verschieden waren. Der Geschlossenheit des Werkes

---

[1]) Pappenheim in den *Jahrbüchern für Dogmatik*, Bd. 27, S. 293 ff.

[2]) Degenkolb bemerkt daher mit Recht (*Archiv für civilist. Praxis*, Bd. 76, S. 3 Anm. 2), dass sie blos „so genannte“, nicht wirkliche Motive sind.

trat eine ausserordentlich grosse Zersplitterung in den Anschauungen seiner Gegner gegenüber. Diesem Umstande verdankt es wohl vor allem die allmähliche Verstärkung seines Ansehens. So ist denn mehr und mehr aus den Wetterwolken heftiger Kämpfe über den Werth des Gesetzbuches gleich einem Bogen des Friedens die erfreuliche Gewissheit hervorgetreten, dass die bedeutsame Schöpfung nicht verloren gehen wird, aber doch einer Verbesserungsarbeit unterzogen werden soll.

Wenden wir uns nunmehr zu der Betrachtung ihres Inhaltes [1]), um an deren Ende die Hauptvorwürfe wider das Werk rückblickend zu besprechen.

In einem Baue, in welchem sich viele Menschen dauernd zurechtfinden sollen, ist die Uebersichtlichkeit der Anordnung besonders wichtig. Und doch ist das System des Entwurfs nur selten einer Prüfung unterzogen [2]) und nur in geringem Maasse beanstandet worden, vielleicht sogar in einem allzu geringen Maasse. Die Grundzüge des Planes, nach welchem das Ganze geordnet ist, sind freilich leicht verständlich; sie entsprechen den Haupttheilen der Privatrechtslehre, wie sie jeder Jurist aus den Pandektenlehrbü-

[1]) Unter den vollständigeren Erörterungen über die Gesammtheit des Entwurfsinhalts sind ausser den bereits erwähnten Schriften noch hervorzuheben die Ausführungen Bähr's im elften Bande der *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (München, 1888), welche aus reichen practischen Erfahrungen entstammend durch die Selbständigkeit der wissenschaftlichen Anschauungen ihres Verfassers hervorragen, und die scharfsinnigen sowie gründlichen Berichte Klöppel's, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich* in den *Beiträgen für die Erläuterung des deutschen Rechts*, Band 32, S. 611 ff., 852 ff. und Band 33, S. 64 ff., 338 ff., 835 ff. und in den *Gutachten aus dem Anwaltstande*, S. 1353—1509. Klöppel, der den Entwurf im Einzelnen einer rückhaltslosen Kritik unterstellt, billigt ihn doch im Wesentlichen als Ganzes. — Eine reiche Fülle verschiedenartiger Anregungen aus einem einheitlichen Gesichtspunkte bietet der Aufsatz Hartmann's: *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung* im *Archiv f. civ. Praxis*, Bd. 73, S. 309 ff.

[2]) Vgl. Bekker, *System und Sprache des Entwurfs* u. s. w. Berlin 1888, welcher die Anordnung des Werkes mit grosser Nachsicht beurtheilt.

chern kennt. Wir finden einen allgemeinen Theil (Buch 1) neben dem besondern (Buch 2—5), in diesem das Erbrecht (Buch 5) getrennt von dem Rechte unter Lebenden (Buch 2—4), das letztere gespalten in Vermögensrecht (Buch 2 und 3) und Familienrecht (Buch 4). Das Vermögensrecht ist gesondert in das Obligationenrecht (Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse) und das Sachenrecht (Buch 3). Abweichend von dem Gewöhnten ist hierbei nur die Umstellung der letztgenannten beiden Rechtszweige, d. h. die Schuldverhältnisse sind vor den Sachenrechten abgehandelt. Dass sich jedoch aus dieser Abweichung vom üblichen Plane irgend welche praktischen Folgen ergeben können, ist mit Unrecht behauptet worden. Im Uebrigen bietet sie für den Unterricht und für das Rechtsstudium, soweit sich beide an das Gesetzbuch anlehnen werden, Vortheile. Auch der Verfasser dieser Zeilen pflegte lange vor dem Erscheinen des Entwurfs die Lehre von den Forderungen dem Sachenrechte in seinen Vorlesungen über Pandekten vorauszuschicken. Wenn man von dem sog. allgemeinen Theile des Obligationenrechts absieht, welcher mit dem allgemeinen Theile der Pandekten verschmolzen werden sollte, so ist der Sachverhalt, welcher den Forderungen zu Grunde liegt, ein sehr viel einfacherer, als derjenige, aus denen ein dingliches Recht besteht. Dort liegt ein Rechtsbefehl an den Schuldner vor, hier viele Rechtsbefehle an alle oder doch an eine unbeschränkte Zahl, und diese Befehle gestalten sich sogar verschieden, je nachdem die Befehlsanwärter redlich sind oder nicht. Von dem Einfacheren zu dem Kunstvolleren aufzusteigen ist jedoch ein für viele Gebiete bewährter Anordnungsgrundsatz.

Der allgemeine Theil des Ganzen [1]) umfasst ungefähr dieselben Dinge, welche wir in dem gleichnamigen Abschnitte der Pandektenlehrbücher zu finden gewohnt sind. Auf einen

---

[1]) Vgl. über ihn insbesondere Hölder im *Archiv f. civ. Praxis*, Bd. 73, S. 1—160 und Schilling, *Aphorismen zu dem Entwurf* u. s. w. *Allgemeiner Theil.* Köln, 1888, ein Aufsatz, welcher namentlich die Interessen der katholischen Kirche zu betonen sucht.

verständlichen Grundgedanken des beobachteten Plans und auf ein Ebenmaass der an einander gefügten Theile ist hier nicht genug Gewicht gelegt [1]). Der erste Abschnitt: „Rechtsnormen" greift aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre nur zwei Punkte heraus; andere Zweige dieses Gebiets, insbesondere die ausnahmsweise Anwendung ausländischen Rechtes im Inlande, sind nur in den Motiven (Bd. I, S. 1—24) erörtert, so dass das darüber dort Gesagte keinerlei verbindliche Gesetzeskraft erhalten soll. Der zweite Abschnitt behandelt die „Personen" und dahinter erscheinen, nicht untergeordnet, sondern nebengeordnet, im dritten die juristischen Personen. Was man gewöhnlich als rechtlich wichtige Thatsachen dem allgemeinen Theile einverleibt, marschirt in den drei folgenden Abschnitten (4—6) auf (Rechtsgeschäfte, Fahrlässigkeit-Irrthum, Zeitbestimmungen). Derjenige Rechtszweig endlich, in welchem die gemeinsamen Gebiete des Privatrechts und des Processrechts eingeschlossen zu werden pflegen [2]), wird uns nicht als Ganzes, sondern nur in fünf Stücken dargeboten, in den Abschnitten 7—11: Anspruchsverjährung, Selbstvertheidigung und Selbsthilfe, Urtheil, Beweis, Sicherheitsleistung.

Die allgemeine Sachenlehre, welche man bisweilen hinter die „Personen" in den allgemeinen Theil stellt, hat in das Sachenrecht wandern müssen (§ 778 ff.).

Die beiden Vorschriften aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, welche für sich allein den ersten Abschnitt ausfüllen (§ 1 u. 2), haben nicht blos durch ihre hervorragende Stellung Aufsehn erregt. Sie betreffen die Gesetzbuchslücken und das Gewohnheitsrecht.

Ob es Rechtslücken giebt, darüber wird gestritten [3]). Dass

---

[1]) In den Motiven Bd. 1 ist die Anordnung des allgemeinen Theils nur gelegentlich gerechtfertigt (vgl. z. B. S. 223, 249).

[2]) Mit ihm beschäftigt sich vornehmlich Fischer, *Recht und Rechtsschutz*. Berlin, 1889. Er vertritt die Ansicht, dass der Entwurf zu viel Processrecht enthält (vgl. S. 64 ff.).

[3]) Vgl. Ehrlich: *Ueber Lücken im Rechte*, in Burians *Juristischen Blättern*, Wien 1888. S. 447 ff.

es Gesetzbuchslücken giebt und geben wird, dies wird hier im Entwurfe von vorn herein zugestanden. Dies entspricht dem Verzichte auf Vollständigkeit, den die Gesetzgebungscommission in hohem Maasse gewagt hat, und zwar zu ihrem Ruhme; denn nichts beweist so sehr die Einsicht des Staatsmannes und des Gesetzgebers, als das Verständniss für die unübersteiglichen Schranken, welche die Natur der Dinge ihren Bestrebungen setzt. Namentlich ist in den Motiven, insbesondere im zweiten Bande, immer wieder hervorgehoben, dass der Gesetzgeber zum Ergänzen der ihm unausfüllbaren Lücken der Wissenschaft und der Praxis bedarf.

In der That kann ein Gesetzgeber sein Werk nicht würdiger einleiten, als durch das Bekenntniss der Unvollkommenheit, welche seiner Schöpfung, wie jeder andern menschlichen Leistung, anhaften muss.

Auf zwei Arten sollen aber die Gesetzbuchslücken ausgestopft werden: durch Analogie und aus dem Geiste der Rechtsordnung.

Die Analogie, ein Wort, für welches sonst vielfach im Entwurfe der Ausdruck: „entsprechende Anwendung einer Vorschrift“ gebraucht ist, wird hier verdeutscht als die „Anwendung der für *rechts*ähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften“. Das bisher ungebräuchliche Wort „rechtsähnlich“ ist angefochten worden und dennoch ist diese sprachliche Neubildung nicht übel. Der Gesetzgeber wollte mit ihr nur die vielfach übersehene Wahrheit aussprechen, dass nicht eine jede Aehnlichkeit zwischen zwei Verhältnissen genügt, um eine Analogie zu rechtfertigen. Verfehlt würde es z. B. sein die Vorschriften über Aufhebung des Gesellschaftsvertrages auf das zweifellos ähnliche Verhältniss der Theilpacht (*colonia partiaria*) anzuwenden; die Aehnlichkeit ist eben in diesem Punkte keine juristische, d. h. sie beruht nicht auf Gleichheit der Gesetzgebungsziele in beiden Fällen. Nur wo diese Gleichheit anzunehmen ist, da folgt aus ihr bei ähnlichen Dingen die „Rechtsähnlichkeit“.

Weit weniger klar als dieser Begriff ist freilich dasjenige, was eintreten soll, sobald die Analogie dem Richter nicht

zu helfen vermag. Der Entwurf verweist für einen solchen Fall auf „die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze". Das Wort „Geist" darf kein Jurist mit gutem Gewissen schelten; denn es ist durch Montesquieu und Jhering zu Ehren gebracht worden. Dennoch haftet immerhin an diesem Worte eine geheimnissvolle Unbestimmtheit; der Geist des Rechtes droht uns unter unsern Händen zu verschwinden, sobald wir ihn fassen wollen. Und doch soll der Richter in Zukunft berufen sein ihn zu bannen. Allein vielleicht wählte der Gesetzgeber dies Wort gerade wegen seiner Unfassbarkeit, das Vieldeutige dem Unrichtigen als das geringere Uebel vorziehend. „Was im Zweifel hinter der Analogie zum Ausstopfen der Gesetzbuchslücken dienen soll, das beantworte sich ein jeder nach seinem Wissen und Gewissen!" Dies dürfte im Wesentlichen der Sinn des § 1 sein. Trotz aller seiner Unbestimmtheit dürfte er doch das Eine ohne Zweifel ergeben, dass unter dem Geiste der Rechtsordnung nicht des Richters eigener Geist verstanden werden soll. Wissenschaft, Volksbedürfniss und Gewissenhaftigkeit werden vielmehr hier den Rechtspfleger auf den allein möglichen Weg drängen, im Zweifel diejenigen Grundsätze anzuwenden, welche nicht blos nach seinem höchstpersönlichen Standpunkte als die gemeinnützigsten erscheinen, sondern es auch von dem Gesichtspunkte sind, von welchem die Gesetze geschrieben wurden, welche zu wahren ihn sein Eid bindet. Wäre er z. B. von den Lehren des Socialismus noch so sehr überzeugt, so dürfte er doch das Gesetzbuch nicht nach ihren Grundgedanken ergänzen, sondern nur vom Standpunkte der Privatrechtsordnung, d. i. „dem Geiste" des Entwurfes. Nur unter mehreren möglichen Lösungen dieser Frage wird er die gemeinnützigere wählen dürfen und hier auf die Vorgeschichte des Rechtes zurückgreifen müssen, welche allein über den wahren Geist der Rechtsordnung, welche aus ihr herausgewachsen ist, Auskunft zu geben vermag. So wird es denn möglich sein, die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts auf den Boden der Vorgeschichte

zu stellen und dadurch gegen die Zersplitterung zu sichern, der sie ohne diesen Halt würde entgegengehen müssen.

Wenn man die erste Vorschrift des Entwurfes in diesem Sinne deutet, so verliert auch der zweite hart angefochtene Paragraph einen Theil seiner Schärfe. Er beseitigt die bisherige Geltung gewohnheitsrechtlicher Normen, sofern nicht das Gesetz auf sie verweist. Eine solche Verweisung kommt im Entwurfe nur als mittelbare vor, da, wo das Landesrecht als fortdauernd bezeichnet wird. Dass es, wie Hölder[1]) nachgewiesen hat, der sprachlichen Folgerichtigkeit wenig entspricht, dass § 2 die gewohnheits*recht*lichen *Rechts*normen im Zweifel als ungiltig bezeichnet, ist minder auffallend, als der scharfe Widerspruch wider eine Hauptlehre Savigny's und Puchta's, die Beseitigung derjenigen Rechtsform, welche in ihren Augen noch über dem Gesetze stand[2]). Und doch ist diese Wandlung der Anschauungen nicht blos dem Vorbilde älterer Codificationen nachgebildet, sondern aus dem Gange der neueren Rechtsentwickelung wohl erklärbar. Der Missbrauch, welcher mit den unklaren Worten „Volksanschauung", „Volksseele" und „Volksüberzeugung" tagtäglich getrieben wird, und die romantische Unklarheit über den Process der Geburt ungeschriebener Rechtssätze aus diesen geheimnissvollen Quellen haben in dem derben Wirklichkeitssinne unserer Tage, welcher das Reden über Ungreifbares und Unwägbares für eine wissenschaftliche Todsünde zu halten geneigt ist, schon längst einen grollenden Widersacher gefunden. In der That würde auch unser § 2 mit dem Gewohnheitsrechte glimpflicher verfahren sein, wenn seine Freunde es weniger in den mystischen Nebel unbestimmter Redewendungen gekleidet und lieber seinen Nutzen dem gemeinen Menschenverstande begreiflich gemacht hätten. Die Gewohnheit ist für den schlichten, unbelehrten Mann vielfach geradezu dasjenige,

[1]) A. a. O., S. 14.

[2]) Vgl. wider den Entwurf in diesem Punkte vornehmlich Schuppe, *Das Gewohnheitsrecht, zugleich eine Kritik der beiden ersten §§ des Entwurfs* u. s. w. Breslau, 1890.

was für den gelehrten Juristen der Gesetzesbuchstabe ist. Die Berufserziehung im Handel und Gewerbe, in Landwirthschaft und Handwerk besteht zum grossen Theile darin, dass der Neuling im Beobachten geschätzter Muster sich eine Ueberzeugung bildet, nach welcher er lebt, handelt, arbeitet. Dies ist der Weg, welcher den rechtsunkundigen Mann allein vor den Gefahren seiner Rechtsunkenntniss zu schützen vermag, dies ist die Form, in welcher er die Rechte studirt, der andere steile Pfad des Universitätsunterrichts und der Einsicht in die Werke juristischer Schriftsteller ist ihm aus bekannten Gründen verschlossen. Wird nun die Gewohnheit für rechtlich gleichgiltig erklärt, darf man sich also nicht mehr auf die Grundsätze verlassen, nach denen die als Vorbilder gerühmten Berufsgenossen handeln und wandeln, so begeht das Gesetz eine grosse Härte, indem es von dem Einzelnen die Rücksicht auf Grundsätze verlangt, welche kennen zu lernen er ausser Stande ist. Solche Strenge widerspricht dem wohlthätigen „Geiste der Rechtsordnung," folglich würde in Zukunft dieser, wie wir sahen, im Gesetzbuche anerkannte Geist dem verbannten Gewohnheitsrechte ein Asyl gewähren müssen. Die in § 2 aus der Rechtspflege hinausgeworfene rechtsergänzende Gewohnheit würde voraussichtlich auf diese Weise durch die Hinterthüre des § 1 wieder hineinwandeln. Vielleicht würde sogar das unwissentliche Abweichen von der Gesetznorm, zu welchem jemand durch eine Gewohnheit verleitet werden musste, hier und da zu einer einschränkenden Auslegung dieser Norm Anlass geben. Nur der bewusste Trotz gegen das bekannte Gesetz unter Berufung auf eine abweichende Gewohnheit würde vor den Augen des Richters keine Gnade mehr finden und dies müsste trotz Puchta's bekannter Lehre ein bedeutender Fortschritt sein, ohne welche sich eine Rechtseinigung gegenüber dem hartnäckigen Beharrungssinne der Landestheile nicht würde durchführen lassen.

Für die Schicksale dieses § 2 wird sicherlich nicht ohne Einfluss sein, dass das preussische Landes-Ökonomie-Kolle-

gium neuerdings den Beschluss [1]) gefasst hat: „Die vollständige Abschaffung des Gewohnheitsrechts ist nicht gerechtfertigt, zum mindesten muss die Kraft des ergänzenden Gewohnheitsrechts gewahrt werden" [2]).

Der zweite Abschnitt des allgemeinen Theiles wiederholt zunächst die Lehrbuchsweisheit, dass die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Geburt beginnt und mit dem Tode endigt (§ 3). Sodann entbindet er von dem oft schwierigen Beweise, dass jemand noch am Leben ist, für gewisse Fälle durch eine Lebensvermuthung, welche dem preussischen Rechte nachgebildet und im gemeinen Rechte bezweifelt ist (§ 4). Nach ihr währt unser Leben siebzig Jahre, während der Antrag auf Todeserklärungen auffallender Weise schon viel früher gestellt werden kann [3]). Die Beibehaltung des nachrömischen Instituts der Todeserklärungen entsprach allgemeinen Erwartungen. Niemand würde geneigt sein hier zu der altrömischen uneingeschränkten richterlichen Beweiswürdigung zurückzugreifen, so fest haben sich trotz der neuen Processreformen die dem canonischen Rechte entstammenden strengeren Processgrundsätze in unser Denken eingelebt. Von der Beibehaltung der genannten Einrichtung hing die Nothwendigkeit ab, ihre Formalitäten und Folgen genauer zu regeln (§ 5—24). Hierbei vertauschte man jedoch die gemeinrechtliche Aengstlichkeit, welche davor zurückbebte, möglicher Weise einem Verschollenen zu nahe zu treten, und daher seiner rechtlichen Abtödtung sehr strenge Bedingungen setzte, mit der kühneren Thatkraft des preussischen Rechtes, welches es für härter hält, in sehr vielen Fällen Rechtsunsicherheit zu dulden, als einmal in einem seltenen Falle einen Einzelnen zu verletzen. Das Greisenalter des Ver-

---

[1]) Mitgetheilt in v. Kirchenheim's *Centralblatt*, Bd. 9, 1889, S. 129.

[2]) Vgl. auch Rümelin, *das Gewohnheitsrecht*, in den *Jahrb. für Dogm.*, Bd. 27, S. 153—252.

[3]) Vgl. über die Todeserklärungen insbesondere die Gutachten von Hölder und Heinsen in den *Verhandlungen des 20ten Deutschen Juristentags*, Bd. I, S. 258 ff. und 280 ff.

schwundenen braucht daher nach dem Entwurfe nicht unbedingt abgewartet zu werden, vielmehr kann die Todeserklärung in der Regel schon dann eintreten, wenn von ihm eine Zeitlang jedes Lebenszeichen ausgeblieben ist (§ 6), wo, ist nicht gesagt, aber nicht allzu schwer zu ergänzen. Andererseits liegt eine berechtigte Milde in dem Satze, dass die Auslöschung des Vermissten aus dem Buche der Lebenden nicht weiter greifen soll, als nöthig ist, d. h. nur eine blosse Vermuthung des Todes begründet, welche ohne Weiteres widerlegbar ist (§ 21).

An die Lehre vom Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit hängt das Gesetzbuch nach dem Vorbilde der meisten Lehrbücher einige allgemeine Sätze über menschliche Eigenschaften an, welche für mehrere Rechtsgebiete zugleich wichtig sind. Was hier über venia aetatis, Wohnsitz u. dergl. bestimmt ist, lehnt sich im Grossen und Ganzen an das bisherige Recht an. Wir finden hier manche für die Sprache des Entwurfes grundlegende Verdeutschungen. Aus dem *parens* ist der Elterntheil, aus den Descendenten sind Abkömmlinge geworden. Statt dessen ist der natürlichere Ausdruck „Nachkommen" mit Recht in Vorschlag gebracht worden [1]). Diese allgemeineren Erörterungen erinnern vielfach an den Satz: „Omnis definitio periculosa est" und an die Schwierigkeit zwischen der Tautologie und der erklärenden Begriffsbestimmung eine Grenze zu finden. So z. B., wenn der Wohnsitz in § 34 als der Ort bestimmt ist, an welchem jemand seinen Aufenthalt „in der Absicht nimmt, dort ständig zu bleiben". Ferner hat man die Frage aufgeworfen, warum der Geisteskranke als ein Mensch bezeichnet ist (§ 28), welcher des Vernunftgebrauches beraubt ist, da dies doch unmöglich ernst gemeint sein kann. Dass geisteskranke Personen unter Umständen Leistungen vollbringen können, zu denen ein ganz hervorragender Vernunftgebrauch gehört, ist allbekannt. Wenn der Entwurf trotzdem das Gegentheil vorauszusetzen

[1]) Von Pfizer in seiner Schrift: *Was erwartet Deutschland von dem bürgerlichen Gesetzbuche?* Heft 55 der Holtzendorffschen Flugschriften, S. 17.

scheint, so ist dies einfach eine Nachahmung der Redeweise des preussischen Landrechts [1]). Dem Aufschwunge der Irrenheilkunde, welcher seit der Abfassung dieses Gesetzbuches geschah, gerecht zu werden, dieser Aufgabe vermochte die Commission nicht zu genügen; in der That ist die Aufstellung einer Grenzlinie zwischen der Geisteskrankheit und der blossen krankhaften Reizbarkeit sehr schwer in der Form einer Begriffsbestimmung wiederzugeben. Der Verschwender soll nach dem Entwurfe (§ 29) nur dann entmündigt werden, wenn er die Gefahr eines Nothstandes für sich oder seine Familie heraufbeschwört; dies wird freilich fast immer der Fall sein; denn keine Vermögenslage ist so glänzend, dass sie nicht durch eine leichtsinnige Wirthschaft in kurzer Zeit in eine Nothlage verwandelt werden könnte. — Was im Folgenden über verwandtschaftliche Beziehungen gesagt ist (§§ 30—33), z. B. dass ein Gatte mit den Verwandten des andern Ehegatten verschwägert ist, streift an das Gebiet der Binsenwahrheiten, deren Verkündung eines Gesetzgebers nicht bedarf.

Die Vorschriften über juristische Personen (§§ 41—63) sind sowohl wegen ihres Inhaltes als namentlich wegen ihrer grossen Dürftigkeit heftig angefochten worden [2]). Hier, wie sonst, haben sich die Vertreter der germanistischen Wissenschaft bitter darüber beschwert, dass Gebiete, welche reich an vaterländischen Schöpfungen sind, in Deutschlands Gesetzbuch mit wenigen Vorschriften abgethan sein sollen. Die wichtigsten Punkte auf dem Gebiete der juristischen Personen sind allerdings dem Landesrechte überlassen geblieben, insbesondere die Regelung der Entstehungsbedingungen dieser

---

[1]) Vgl. hierzu Strohal, *Streifzüge im Entwurfe*, in Jhering's *dogm. Jahrb.*, Bd. 28, S. 344 ff.

[2]) Gierke, *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe u. s. w.* Berlin, 1889, spricht von der „hoffnungslosen Sterilität, der vollkommenen Unzulänglichkeit des dargebotenen gemeinen Körperschaftsrechts“ (S. 33). Auch das Stiftungsrecht des Entwurfes erhebt sich nach seiner Meinung „nicht über eine formalistische Schablone von erschreckender Dürftigkeit“.

Rechtsgebilde. Man thut jedoch der Gesetzgebungs-Commission Unrecht, wenn man dieses Verfahren lediglich aus einer allzu grossen Rücksichtnahme auf die Wünsche der Einzelstaaten zurückführt. Unsere nationalen Rechtsbildungen aus der Zeit des alten Reiches haben sich in reicher Mannigfaltigkeit in den einzelnen Rechtsgebieten entfaltet; die Wissenschaft vermag zwar aus diesem bunten Allerlei gemeinsame Grundgedanken herauszuheben, die Gesetzgebung kann aber gerade bei uns durch zwangsweise Einigung des Mannigfaltigen oft nur zerstörend wirken. Sie schont das hergebrachte Recht, wenn sie seine Satzungen nicht in das Procrustesbett der Gleichmacherei zwängt. So sind denn über juristische Personen nur wenige allgemeine Vorschriften getroffen, darunter besonders genaue über Liquidationen (§50 ff.), vermuthlich weil hier das Deutsche Handelsrecht Vorbilder darbot. Daneben ist aus einer vielumstrittenen Lehre die Vorschrift (§ 46) entsprungen [1]), dass die Körperschaften aus widerrechtlichen Handlungen ersatzpflichtig sein sollen, welche Vorstandsmitglieder „in Ausübung ihrer Vertretungsmacht" begangen haben. Die „Vertretungsmacht" soll hier offenbar etwas anderes bedeuten als das Vertretungsrecht; denn eine giltige Vollmacht zu widerrechtlichem Thun kann niemand haben. Wenn also das Gesetz davon spricht, dass ein Frevel in Ausübung einer Vertretungsmacht begangen werden wird, so kann dabei nur an eine Uebelthat gedacht sein, die unter Missbrauch des thatsächlichen Einflusses geschehen könnte, welcher einem Körperschaftsvertreter aus dieser seiner Stellung erwächst.

In der Behandlung der Stiftungen [2]) ist im Sinne der neueren Wissenschaft ein besonderes einseitiges Stiftungsgeschäft

---

[1]) Vgl. hierzu: Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand.* Paris, Pichon 1890, S. 360 ff., und Gierke, a. a. O. S. 25 ff., auch S. Jacoby, *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung* u. s. w. Leipzig 1889, S. 310.

[2]) Vgl. hierzu Schlossmann in Jhering's *Jahrb. f. Dogmatik*, Bd. 27, S. 1—69.

anerkannt (§ 58), welches, sofern es unter Lebenden abgeschlossen wird, an eine gerichtliche oder notarielle Form gebunden sein soll. Dies schneidet die bekannten Zweifel darüber ab, wie es möglich sein soll, etwas einer Stiftung zuzuwenden, welche es nicht empfangen kann, weil sie vor der Zuwendung nicht besteht. Das Stiftungsgeschäft umfasst beides in einen Akt zusammen: die Erzeugung der Stiftung und ihre Ausstattung mit Vermögensrechten.

Besonderes Bedauern hat die Thatsache erweckt, dass der Entwurf denjenigen Vereinigungen keinen Rechtsschutz gewährt, welche ohne besondere rechtliche Anerkennung mit einer eigenen Kasse unter dem Schutze der Sitte bestehen und Credit finden, z. B. den geselligen Vereinen, Studentenverbindungen u. dergl. Man hat sie nicht ohne Grund „das Aschenbrödel der Gesetzgebung" genannt [1]). Diese wirthschaftlichen Gebilde sind meistens harmlos und würden sicherlich längst zweifellos allgemeine gesetzliche Anerkennung als Rechtsträger gefunden haben, wenn nicht die Gefahr vorläge, dass auch unsolide und schädliche Verbindungen die Vortheile einer solchen allgemeinen Anerkennung unerfreulicher Weise mitgeniessen könnten [2]).

Dem Abschnitte über „Rechtsgeschäfte" (§§ 64—143) [3]) ist vor allen der Lehrbuchscharacter eigen, welchen man dem Entwurfe vorgeworfen hat und zwar wohl zu sehr, weil alles, was allgemein lauten muss, unwillkürlich lehrhaft klingt. Hierbei ist nun zunächst von „Geschäftsfähigkeit" die Rede an Stelle der „Handlungsfähigkeit", von welcher die Lehrbücher an dieser Stelle gewöhnlich reden. Dieser letztere Begriff ist in der That von zweifelhaftem Werthe. Handlungen sind Ereig-

---

[1]) So Kausen, in den *Gutachten aus dem Anwaltstande*, S. 27.

[2]) Vgl. hierzu die *Verhandlungen des 19ten Juristentags*, Bd. 3, S. 220 ff. u. 321 ff.; und die *Gutachten* von Rosin und Gierke, Bd. 2, S. 135 ff. und 259 ff.

[3]) Vgl. zu ihm namentlich Zitelmann, *die Rechtsgeschäfte im E. u. s. w.*, 2 Bände, Berlin 1889, 1890. — Hellmann in den *Gutachten aus dem Anwaltstande*, S. 487 ff.

nisse, die sich in der Regel unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sie beeinflusst, zutragen. Nicht mit ihnen beschäftigt er sich, sondern mit ihren Folgen. Darum beeinflusst er nicht ihre Möglichkeit, sondern ihre Wirksamkeit. Die Fähigkeit aber, von solchem Einflusse betroffen zu werden, umspannt sehr verschiedene Dinge. Die durch eigene Handlung angeordneten Folgen muss man scharf von sonstigen rechtlichen Wirkungen menschlichen Thuns (Strafe und Ersatzpflicht) sondern; denn der Staat verfolgt bei den verschiedenen Zweigen rechtlich bedeutsamer menschlicher Thätigkeiten sehr verschiedene Ziele. Zu den Rechtsgeschäften ermuthigt er, indem er durch Gesetz verspricht, ihren Inhalt zu schützen, von den unerlaubten Handlungen schreckt er durch Strafen und Schadensersatzbefehle zurück. Darum steckt er auch den Kreis der Personen, an welche er sich durch derartige Befehle wendet, bei beiden Thätigkeitsgruppen aus ganz anderen Gesichtspunkten ab. Von den Rechtsgeschäften schliesst er wohlwollend diejenigen aus, welche er zur freien Vermögensverwaltung für untauglich hält, von der Strafe und der Ersatzpflicht befreit er die zu solcher Belastung Ungeeigneten nicht aus Gunst für sie selber, sondern aus Einsicht in die Schranken, welche die Natur der Dinge der Macht seiner Androhungen steckt. Es war daher unnatürlich, zwei so verschiedene Dinge, wie es die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und die Ausnahme von Strafbarkeit oder Ersatzpflicht sind, in den Begriff der Handlungsfähigkeit zusammenzupressen und ihre Trennung im Entwurfe bedeutet hiernach einen Fortschritt [1]).

Unter den Geschäftsunfähigkeitsgründen erscheinen Kindheit und Wahnsinn in ihrer bisherigen Bedeutung (§ 64), dagegen ist die Grenze zwischen Unmündigkeit und Minderjährigkeit fortgerissen worden (§ 65 ff.). Es ist dies der Schlussstein einer Entwickelung, welche in alter Zeit in Rom begonnen und sich erst auf deutschem Boden vollendet hat.

---

[1]) A. M. von Liszt, *die Grenzgebiete zw. Privatrecht und Strafrecht*, Berlin 1889, § 10, S. 42.

Sie beruht auf der Thatsache, dass ebenso, wie selbst im Thierreiche das vollkommenere Geschöpf langsamer heranreift, auch bei den Menschen der höheren Culturstufe eine zeitraubendere Entwickelung nöthig ist, weil sich die Lebensaufgaben in den verwickelteren Verhältnissen steigern, ohne dass sich zugleich die durchschnittliche Körperkraft vermehrt. Der Geschlechtsreife ist nur in der älteren Zeit ein vollgiltiges Verkehrsmitglied, allmählich geräth auch er in staatliche Bevormundung. Wie dies Schritt für Schritt geschehen ist, ist bekannt. Der Entwurf stellt nach dem Vorbilde des preussischen Rechts den Minderjährigen gänzlich neben den Unmündigen. Hierbei zieht er mit dem neueren Reichsrechte die Minderjährigkeitsgrenze bis zum 21ten Jahre, eine Erleichterung die gegenüber der ungünstigen Gestaltung seiner Verkehrsfähigkeit eine gewisse Milderung enthält. Trotzdem scheint mit dieser Gestaltung der Bogen überspannt zu sein und es beginnt bereits eine rückläufige Bewegung. Der Gedanke, aufstrebende Jünglinge bis zum einundzwanzigsten Jahre im Verkehrsleben am Gängelbande des Vaters oder Vormundes zu halten, ist nicht ohne die lästigsten Folgen. Schon in früheren Jahren müssen Lehrlinge, Soldaten, Dienstboten und andere in den Kampf des Verkehrslebens hinaus; dort können sie sich nicht ihrer Haut wehren, wenn die Waffe der Geschäftsfähigkeit daheim vom Vormunde verschlossen gehalten wird. Daher durchlöchert denn der Entwurf nach dem Vorgange landesrechtlicher Vorschriften den Grundsatz der Geschäftsunfähigkeit aller Minderjährigen durch eine Reihe von Ausnahmen (§§ 65—69), unter denen auch die Verwaltung des Taschengeldes nicht fehlt. Sie bedeuten gewisser Maassen einen schrittweisen Rückzug nach der Seite des römischen Rechtes hin, welches die Verpflichtungen der Minderjährigen gelten liess und nur dann unschädlich machte, wenn es dem Magistrat im einzelnen Falle geboten schien, durch in integrum restitutio im Gnadenwege einer Ausbeutung der jungen Leute entgegenzutreten.

Auch dass man (§ 70) dem Verschwender das Recht be-

lassen hat, wenigstens reine Erwerbsgeschäfte vorzunehmen, ergiebt sich daraus, dass der Staat sie nur in ihren Ausgaben, nicht in ihren Einnahmen beschränken will. Ihnen gleichgestellt sind die sogenannten „personae debiles" und die zunächst vorläufig Bevormundeten, welche später gänzlich entmündigt werden sollen (§§ 1727, 1737).

Im Weiteren dringt die Behandlung der Rechtsgeschäfte immer mehr in das Gebiet der schwierigsten Streitfragen ein, wobei sie die herrschende Lehre vorwiegend beachtet und nicht immer die unentbehrliche Vorschrift von der selbstverständlichen Wahrheit scheidet (vgl. z. B. § 78 u. § 91). Wir finden hier alte Errungenschaften der Rechtsentwickelung bestätigt, z. B. dass eine stillschweigende Erklärung ebenso gut ist wie eine ausdrückliche, ferner, dass bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht am buchstäblichen Sinne gehaftet werden soll, sondern dass der wirkliche Wille gilt (§ 73), natürlich nur, wenn und soweit er auch erklärt ist, was in dem § 73 zwar nicht gesagt ist, aber sich aus ihm ergiebt, sobald man seinen Grundgedanken auf ihn selber anwendet. Hier wird auch die schwierige Lehre von der Vollendung oder Perfection der Willenserklärungen, insbesondere der Verträge, verhandelt. In ihr bergen sich zwei Fragen, welche zwar zusammenhängen, aber nicht identisch sind und nicht genug geschieden zu werden pflegen, die Frage nach der Widerruflichkeit der Geschäftserklärungen und die Frage nach dem Giltigkeitsbeginne der unwiderrufenen, tadellosen Erklärungen. Hinsichtlich der Widerruflichkeit steht der Entwurf nicht auf dem doktrinären Standpunkte, welcher es für selbstverständlich hält, dass man bis zum vollen Abschlusse eines Vertrages die gemachten Zusicherungen ohne weiteres zerstören, die erweckten Hoffnungen ohne weiteres enttäuschen kann, vielmehr lässt er aus dem Vertragsanerbieten eine Gebundenheit folgen (§ 84). Weniger glücklich verfährt er hinsichtlich der andern Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Erklärung, z. B. die Aufkündigung einer Wohnung erst dann Rechte und Pflichten erzeugt, wenn sie von dem An-

wärter, dem sie zugedacht wird, gehört oder gesehen worden ist, oder schon früher, sobald sie gehört oder gesehen werden konnte, d. h. erkennbar wurde. Diese Frage ist darum so umstritten, weil man für sie verschiedene Antworten findet, je nach der Methode, nach der man sie behandelt. Vergegenwärtigt man sich einen bestimmten Geschäftsabschluss unter zwei redlichen Leuten und sucht aus diesem Bilde die maassgebende Rechtsnorm herauszulesen, so wird man unwillkürlich nach dem Sprichworte „Was ich nicht weiss, macht mich nicht heiss" die noch nicht vernommene Erklärung für unvollendet und kraftlos ansehen. Vergegenwärtigt man sich aber nicht einen einzelnen Fall, sondern ein Gesammtbild des Geschäftsverkehrs mit allen Chicanen und Unredlichkeiten, denen vorzubeugen des Gesetzgebers Aufgabe ist, so wird man nicht geneigt sein, dem Absender einer Erklärung den Einwand zu verstatten, dass deren Empfänger sie nicht gelesen hat, und ebensowenig wird man dem Empfänger ein Recht dazu gewähren wollen, durch eine Verzögerung der Einsicht in einen empfangenen Brief seine Rechtslage zu beeinflussen. Der Empfang ist das in der Regel Nachweisbare, z. B. durch den Postboten, die Wahrnehmung des Empfangenen entzieht sich dagegen in der Regel zuverlässigen Beweiserhebungen. Wahrnehmbarkeit sollte daher durchweg entscheiden, nicht Wahrnehmung.

Der Entwurf hat hierbei einen eigenthümlichen Mittelweg eingeschlagen. Er behandelt die ausdrücklichen Willenserklärungen anders als die stillschweigenden (§ 74). Jene sollen gelten, wenn sie dem Empfänger „zugekommen sind" (d. h. wohl: Erkennbarkeit ihm gegenüber erlangt haben), diese erst dann, wenn sie wirklich zu seiner Kenntniss gelangt sind. Nehmen wir z. B. an, dass ein Doppelgläubiger dem Doppelschuldner die beiden Verpflichtungen, deren Erfüllung er verlangen kann, z. B. eine Mieths- und eine Darlehnsschuld, erlässt, nehmen wir ferner an, dass der Verzicht auf die eine, die Miethsforderung, ein ausdrücklicher war, indem er brieflich erklärt hat, sie preiszugeben, während er die

andere in stillschweigender Form aufopfert, indem er dem Verpflichteten den Darlehnsschuldschein zerrissen übersendet, nehmen wir endlich an, dass er den genannten Brief und den zerstörten Schein in einen und denselben Umschlag steckt und beides dem Schuldner übersendet, dann sollen die beiden Verzichtserklärungen in verschiedenen Zeitpunkten als vollendet gelten. So lange der Empfänger den Briefumschlag noch nicht eröffnet hätte, würde dann der Miethsanspruch bereits für den Gläubiger verloren sein, der Verzicht auf die Darlehnsforderung aber noch immer von ihm widerrufen werden können. Für den Entwurf lässt sich hierbei nur der unzureichende Grund anführen, dass der Zwiespalt zwischen dem Augenblicke des Empfanges und demjenigen der Kenntnissnahme nur selten bei Geschäftserklärungen wird erwiesen werden können. Dies ist jedoch nur eine Entschuldigung, keine Rechtfertigung [1]).

Eine Neuschöpfung des Entwurfes ist der Schutz des Erklärungsbedürftigen gegen denjenigen, der zur Erklärungsannahme verpflichtet ist und sich dieser Pflicht entzieht. So z. B. wenn ein Gläubiger seinem Schuldner ein Kapital aufkündigen will [2]) und dieser sich verborgen hält. Hier ist das Processrecht in glücklicher Weise nachgebildet worden. Der Processflüchtige wird durch den Gerichtsvollzieher und, wenn er unauffindbar ist, durch eine öffentliche Ladung genöthigt, dem Klagelustigen Stand zu halten. In gleicher Weise soll jetzt auch das Erklärungsbedürfniss befriedigt werden, der Erklärungsscheue soll durch den Gerichtsvollzieher oder durch eine öffentliche Ladung in einer besonders beweiskräftigen Form den Folgen des Erklärungsempfanges unterstellt werden.

---

[1]) Wider den Entwurf vertritt die Vernehmungstheorie Zitelmann, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe* u. s. w. Bd. I, Titel 2, S. 102 ff. Vgl. auch Kohler im *Archiv für bürgerliches Recht*: *Ueber Verträge unter Abwesenden.* Bd. I, S. 283 ff.

[2]) Zitelmann hat für die Erklärungen, welche einem bestimmten Empfänger zugestellt werden müssen (a. a. O. Bd. 1, S. 23) den Ausdruck „empfangsbedürftige Erklärungen" in Vorschlag gebracht.

In § 77 heisst es: „Zur Schliessung eines Vertrages wird erfordert, dass die Vertragschliessenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären", wozu ergänzend hinzugedacht werden muss: „beiderseits an eine bestimmte Anordnung gebunden zu sein." Besonders hervorgehoben ist, dass man an ein zweiseitiges Geschäft auch dann gebunden wird, wenn man dem Vertragsgenossen erlaubt, sich seinerseits erst später durch Erklärung seines Verpflichtungswillens zu binden (§ 79). Dabei ist namentlich an den sog. „Kauf auf Probe" zu denken. Der Entwurf spricht hier im Einklange mit der herrschenden Lehre von einem „Vertrage", also einem bedingten Vertragsschlusse, nicht von einem blossen Vertragsanerbieten mit einer längeren Wartefrist. Der richtigen Meinung nach ist es nur ein solches und hieran kann kein Gesetzgeber etwas ändern. Seine Verpflichtungskraft würde also schon daraus folgen, dass, wie wir sahen, das Dogma der Widerruflichkeit der vollendeten, aber noch nicht angenommenen Vertragsanerbietungen nicht aufgenommen worden ist (§§ 82, 84), vielmehr jeder Anbietende so lange auf Antwort warten muss, als er zu warten versprochen hat oder die Verkehrssitte es von ihm verlangt. Auch die verspätete Antwort steht der rechtzeitigen dann gleich, wenn sie ohne Widerspruch angenommen worden ist. In diesen Punkten weicht der Entwurf von der üblichen, jedoch keineswegs von allen getheilten, Auffassung des römischen Rechtes ab, entspricht aber durchaus bewährten Grundsätzen des deutschen Handelsgesetzbuches und offenkundigen Verkehrsbedürfnissen.

Der Urheber eines Vertragsangebots kann auch eine stillschweigende Annahme gestatten. Dann soll sie ausnahmsweise als vollendet gelten, auch wenn er sie noch nicht wahrgenommen hat, gleichviel ob er sie wahrnehmen konnte oder nicht. Wenn z. B. einem Flickschneider ein Rock zur Ausbesserung übersandt ist, so entspricht der Verkehrssitte ein stillschweigender Geschäftsabschluss durch Ausführung der Arbeit. Schneidet hier der Arbeiter den Arbeitsstoff an, so muss diese Zustimmung zu dem Vertrage nicht blos vor

ihrer Ankunft bei dem Arbeitgeber, sondern schon vor ihrer Erkennbarkeit für diesen bindend sein. (In ähnlicher Weise ist wohl das Aufschneiden der zur Ansicht übersandten Bücher aufzufassen). Es liegt dies aber wohl nur daran, dass für sie eine Form gewählt ist, deren Spuren in der Aussenwelt durch einfachen Widerruf nicht beseitigt werden können und somit nach dem Gebot der Redlichkeit unvertilgbar sind. Dieser entscheidende Punkt ist wohl nicht scharf genug im Entwurfe betont worden. Das Gleiche passt nämlich durchaus nicht auf alle Fälle, in denen es gestattet ist, Vertragsanerbieten stillschweigend anzunehmen, z. B. dann nicht, wenn im Gebirge Bestellungen von Alpenhütten durch das Aufziehen von Fahnen gemacht und in gleicher Weise übernommen werden. Geschieht hier der Fahnenaufzug des Uebernehmers vorläufig im Nebel, so dürfte es passend sein, eine solche Vertragsannahme, obwohl sie stillschweigend geschieht, erst dann als vollendet anzusehn, wenn sie dem Besteller erkennbar geworden ist.

In diesem ganzen Rechtszweige ist in vielen Punkten, z. B. auch hinsichtlich der Bedeutung einer einschränkenden Annahme eines Vertragsanerbietens, das allgemeine Handelsgesetzbuch dem Entwurfe ein Vorbild gewesen (§ 87 ff.), ob mit gutem Grunde, ist nicht zweifellos; denn der freundnachbarliche Verkehr verlangt nicht dieselbe Strenge, wie die kaufmännischen Geschäftsabwickelungen, weil nur von der Menge und dem regelmässigen Wiederkehren der letzteren, nicht von dem gelegentlichen Abschlusse seltener Geschäfte, der Reichthum und das Gedeihen des Ganzen abhängt. Wenn mir z. B. jemand einen Garten für 800 Mark zum Kaufe anbietet und ich darauf erwidere, dass ich ihn für 700 Mark nehmen will, so kann dies zweierlei bedeuten: entweder: „Ich binde mich, sobald Du erklärst mir den Garten für 700 Mark zu gewähren“. Es kann dies aber auch heissen: „Mache ein neues Anerbieten für 700 Mark, dann will ich mich darüber entscheiden, ob ich es annehme. Vorerst binde ich mich nicht!“ Jene strengere Auffassung

passt da, wo man sich jedes Wort überlegen muss, ehe man es ausspricht, also vielleicht im Handelsverkehre. Im gewöhnlichen Leben wird derselbe Grundsatz, den der Entwurf annimmt, unvorsichtigen Leuten leicht unerquickliche Ueberraschungen bringen, sofern nicht eine einschränkende Vertragsauslegung nachhelfen wird. — Dass der Entwurf die sog. Vererblichkeit der Offerte für eine Auslegungssache ansieht, ist sicherlich zu billigen. Es wäre nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung, seitdem sie überhaupt *promissiones post mortem* zulässt, der Annahme eines Vertragsanerbietens nach dem Tode ihres Urhebers, sofern dieser sie gestattet hat, ein Verbot entgegenstellen sollte.

Einen mit Lebhaftigkeit geführten Streit über die bindende Kraft eines Gebots bei Versteigerungen glaubte der Gesetzgeber entscheiden zu müssen (§ 90). Diese Kraft soll nach dem Entwurfe erlöschen, sobald nach einem solchen Gebot ein höheres Gebot erfolgt, mag auch der spätere Bieter dem Versteigernden noch so unerwünscht sein. Der Versteigerer soll also in Zukunft nicht mehr das Recht haben, das höhere Gebot eines nach seiner Meinung Zahlungsunfähigen sofort zurückzuweisen und sich an den früheren Bieter zu halten. Angemessener wäre es vielleicht gewesen, wenn nur das vom Versteigerer ausgerufene (und dadurch von ihm vorläufig angenommene) spätere Gebot die Kraft erhalten hätte den bisherigen Meistbietenden zu befreien.

Hinsichtlich der Geschäftsformen steht der Entwurf auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts und des Handelsrechts. Es herrscht grundsätzlich Formfreiheit (§ 91) als die Regel. Die strengen Formvorschriften des preussischen Landrechts sind nicht aufgenommen worden. Da sie in der Verkehrssitte nicht beobachtet und nach der Volksmeinung nicht für nöthig gehalten wurden, so dienten sie vielfach dazu, unzuverlässigen Schuldnern einen Schlupfwinkel zu gewähren und als das allgemeine Handelsgesetzbuch sie wenigstens für einen Theil des Verkehrslebens beseitigte, wurde dies als eine Beförderung der Zuverlässigkeit des Verkehrslebens empfun-

den. Wo eine schriftliche Erklärung nöthig ist, da lässt der Entwurf auch das unterschriebene Telegramm als solche gelten (§ 92), ein Satz, welcher wohl deshalb nicht allzu viel bedeuten wird, weil der Empfänger des Telegramms sich in der Regel mit einer solchen Schrifturkunde, die er nicht in die Hand bekommt, nicht zufrieden geben wird.

Die Seltenheit des Schriftzwanges in dem neuen Rechte mag es erträglich erscheinen lassen, dass dem brieflichen Abschlusse schriftlicher Verträge im Widerspruche mit einer bekannten Praxis der Todesstoss ertheilt wird (§ 94). Um einen schriftlichen Vertrag herzustellen, müssen nämlich beide Contrahenten gleichlautende Urkunden oder ein und dasselbe Schriftstück unterzeichnen. Bei dem einseitigen sog. abstrakten Versprechen, das ausnahmsweise nach § 683 der Schriftform unterliegt, würde wohl trotzdem von der Unterschrift des Gläubigers Abstand genommen werden müssen.

Ueber den nachfolgenden Theil des Entwurfs, die „Willensmängel“ (§ 95 ff.) will der Verfasser sich kurz fassen, um nicht in eine oratio pro domo zu verfallen. Er hat sich in dieser Lehre mit der herrschenden Meinung mehrfach in Widerspruch gesetzt, ohne dass es ihm bisher gelungen ist, die ihm im allgemeinen Interesse erwünschte Anerkennung der richtigen Lehre zu erstreiten [1]). Er ist und bleibt davon überzeugt, dass der sog. innere Wille und der sog. erklärte Wille überall, selbst da, wo sie inhaltlich übereinstimmen, zwei zeitlich verschiedene Ereignisse sind und dass die Worte „voluntas“ und „consensus“ da, wo sie die Erfordernisse eines giltigen Vertrages bezeichnen, Namen für den erklärten Willen sind, d. h. für denjenigen Willen, der dem Erklärungsanwärter aus der Erklärung erkennbar entgegentritt [2]). Dass bei der Festigkeit, mit welcher diese richtige

---

[1]) Namentlich in seinen beiden Schriften: *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*, Berlin 1882—1883, und: *Der Irrthum als Nichtigkeitsgrund*, 1889.

[2]) Darum ist es auch nicht sinnlos, von einem bedingten Willen zu reden. A. M. Pietzker, in *Arch. f. civ. Pr.*, Bd. 74, S. 462—477.

Ansicht abgelehnt zu werden pflegt, auch der Entwurf sie nicht angenommen hat und dass er daher im Widerspruche mit der sog. „Erklärungstheorie“ das „Willensdogma“ vertritt, welches zu einem giltigen Vertrage neben zwei nach ihrem Sinne übereinstimmenden Erklärungen auch noch zwei innere übereinstimmende Willen verlangt, ist nicht verwunderlich. Daher will er auch mit der üblichen Lehre den wegen Irrthums fehlenden inneren Willen von den bestimmenden falschen Beweggründen sondern, eine psychologische Unmöglichkeit, an welcher kein Gesetzgeber der Welt etwas zu ändern im Stande ist. Aus tiefsinnigen Erwägungen gelangt er mit Nothwendigkeit zu einer Reihe verwickelter Vorschriften, welche sich in Folge dieses ihres Ursprungs einer gemeinverständlichen Darstellung gänzlich entziehen. Nach der Erklärungstheorie, welche der Verf. für die allein richtige hält, ist die ganze Frage der Willensmängel, insbesondere die Irrthumsfrage, eine reine Auslegungsfrage. Der Irrthum ist dann wesentlich, d. h. giltigkeitshemmend, wenn die richtig ausgelegte Erklärung des Irrenden ihn als wesentlich erscheinen lässt. In erster Linie entscheidet also hier, wie sonst bei Auslegungen, die ausdrückliche Bestimmung des Irrenden, in zweiter die Verkehrssitte. Der Grundsatz, dass die Bestimmung der Wesentlichkeit des Irrthums im Zweifel von der Verkehrssitte abhängen soll, ist denn auch vom letzten 20ten Juristentage [1]) der Gesetzgebung im Widerspruche mit dem Entwurfe empfohlen worden, allerdings nur in der Form eines Zusatzes zu einem Antrage welcher vom Standpunkte die entgegengesetzten Vertragslehre gestellt worden war, so dass der gefasste Beschluss als ein Compromiss unvereinbarer Anschauungen der Vereinfachung bedarf. Wenn die Verkehrssitte die Wesentlichkeit des Irrthums bestimmt, dann braucht wohl auch die Haftung der Irrenden wegen sog. *culpa in contrahendo* nicht mehr festgehalten zu werden, weil statt ihrer die Haftung für Erfüllung überall eintritt.

---

[1]) Vgl. ***Verhandlungen***, **Band 4, S. 83 ff. Vgl. auch Pfizer, in den** ***Jahrbüchern für Dogmatik***, **Bd. 29, S. 107—169.**

Den Anfechtungen von Geschäften wegen Drohung und Betrug ist eine Jahresfrist der Geltendmachung gesetzt worden (§ 104). Dies begünstigt allerdings verbrecherische Schuldner gegenüber redlichen Leistungspflichtigen, welche nur den gewöhnlichen Verjährungsschutz geniessen [1]); immerhin gewährt aber die Nöthigung der Geschädigten, so hässliche Dinge, wie Zwang und Betrug sind, bei Zeiten vor Gericht zu erledigen, den Vortheil, dass der Beschuldigte in seinem Reinigungsbeweise nicht verkürzt wird.

Was über unerlaubte und nichtige Rechtsgeschäfte gesagt ist, enthält nichts Neues von Erheblichkeit. Dies gilt auch von § 107, einer etwas dunkel gefassten Vorschrift über Veräusserungsverbote. Beachtenswerth ist der allgemeine Satz, dass Anfechtungserklärungen zum Umsturze von Rechtsgeschäften auch aussergerichtlich abgegeben werden können, so dass z. B. der Betrogene den Kauf, welcher ihn schädigt, durch eine einfache Erklärung an den Betrüger auflösen kann, ohne eine Klage anzustellen. Der Grundsatz der Formfreiheit hat hier vielleicht nicht ohne Schädigung der Rechtssicherheit gesiegt, denn die Frage, ob eine bestimmte aussergerichtliche Erklärung einen ernstlichen Anfechtungswillen oder eine blosse Drohung sich zu einem solchen zu entschliessen, enthalten hat, kann leicht zur Quelle von Prozessen werden.

Was über Vertretung und Vollmacht, Einwilligung und Genehmigung, Bedingung und Befristung gesagt is, hält sich ganz im Geiste der modernen Pandektenlehre. Es spannt vielfach den Scharfsinn des Lesers nicht minder an, als diese, und lässt ebenso, wie diese, oft genug die Kraft schlichter Anschaulichkeit vermissen, welche eine Schilderung der allergewöhnlichsten Erscheinungen des täglichen Lebens auch auf dem Gebiete der Wissenschaft an sich tragen sollte. Immerhin vermögen solche schwer fassbare Sätze als ein nicht leicht überspringbares Turngeräth zu dienen, dessen Benützung die angehenden Jünger der Themis in wirksamer Weise

---

[1]) Vgl. **Hölder**, a. a. O., S. 100.

zu zwingen vermag, ihre geistige Sprungkraft zu entwickeln. Leicht verständlich ist freilich die Zulassung der freien Stellvertretung, welche ein nachrömischer Ersatz für den wegfallenden Geschäftsverkehr durch Sklaven ist. Die ältere romanistische Lehre, welche sie für etwas Undenkbares erklärte, ist ebenso veraltet, wie der Glaube an eine von der allgemeinen Logik verschiedene besondere Rechtslogik, auf dem sie vornehmlich beruhte. Dagegen sind zwei Paragraphen, welche von den Irrthümern der Vertreter und Aehnlichem reden, von übergrosser Dunkelheit, jedenfalls in Folge der unklaren allgemeinen Fragestellungen, mit welchen man an diese schwierige Lehre heranzutreten sich gewöhnt hat. Eine bekannte Errungenschaft der neueren Wissenschaft, welche der Entwurf aus dieser übernommen hat (§ 119), ist die scharfe Unterscheidung zwischen der „Vollmacht" als der Erklärung, welche der Geschäftsherr an den dritten richtet, der mit dem Vertreter verhandeln soll, von dem „Auftrage", welchen der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten gegenüber ertheilt. Der Sprache der Nichtjuristen ist übrigens diese Unterscheidung zwischen dem Auftrage zu einem Rechtsgeschäfte und der Vollmacht zu demselben fremd geblieben; sie gebrauchen unterschiedlich beide Ausdrücke für die an den Vertreter gerichtete Erklärung. Aus ihrer Trennung folgt übrigens noch nicht, dass der redliche Dritte sich an den Inhalt einer vom Beauftragten ihm übermittelten Vollmachtserklärung unbedingt halten kann. Wohl aber hängt mit ihm der Grundsatz zusammen, dass die Endigungsgründe einer kundgegebenen Vollmacht nach § 120, 1. den Dritten, der ihr Eintreten weder kennt noch kennen muss, nicht verletzend berühren sollen. Diese Nachbildung des preussischen Rechtes ist der Ausdruck eines allgemeinen Gedankens, der zwar nicht als Regel anerkannt ist, wohl aber in einer Fülle von Ausnahmen gilt, des Schutzes des sog. redlichen Dritten [1]). Dieses Streben nach Verkehrssicherheit, das z. B.

---

[1]) Vgl. eine Zusammenstellung der diesem „Dritten" im Entwurfe zu-

auch in den bekannten Artikeln 306 und 307 des Deutschen Handelsgesetzbuchs Anerkennung gefunden hat, wo es den redlichen Käufer, der vom Nichteigenthümer erwirbt, schützt, würde überall, wo es sich bethätigt, ein zweifelloser Fortschritt gegenüber dem römischen Rechte sein, wenn der begünstigte Dritte (z. B. der Käufer eines gestohlenen Inhaberpapiers) immer so engelrein wäre, wie nach dem Satze „quisquis praesumatur bonus" angenommen werden muss. Auch steht neben diesem Dritten gewöhnlich ein unredlicher Zweiter (z. B. der Dieb des Papiers), welcher in der Regel die Vortheile des Schutzes seines Nachfolgers mitgeniesst, während der redliche Erste, der Bestohlene, die Zeche allein bezahlen muss. Eine ähnliche Sachlage liegt vor, wenn der Vollmachtgeber und der Dritte, mit dem verhandelt werden soll, redlich sind und der Vertreter die erloschene Vollmacht unredlicher Weise benutzt und dadurch seinen Herrn bindet. Hier ist das neuere Recht namentlich für den Kleinhandel sehr günstig und entspricht mehr den Bedürfnissen der geschäftlichen Erwerbsthätigkeit als denjenigen der gefährdeten Eigenthümer, während das römische Recht die genannten widerstreitenden Interessen in anderer Weise gegen einander abwog.

So liegt die Sache bei den Eigenthumsklagen und so liegt sie auch hier. Herren, deren Diener ihre erloschene Vollmacht missbrauchen, stehen dem Entwurfe nicht so nahe, wie der Dritte, welcher sich aus dem Vertrauensbruche bereichert, ohne dass ihm eine Unredlichkeit nachgewiesen werden kann. Um die Härte dieses Grundsatzes zu mildern, ist ein Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung von Vollmachten eingeführt, zum Schutze der Aussteller bevollmächtigender Urkunden gegen diejenigen, welche von dem inzwischen erfolgten Erlöschen der Vollmacht eine anderweitige Kunde nicht erlangt haben (§ 121).

---

gewendeten Vergünstigungen: *Motive*, Bd. 1, S. 379; vgl. hierzu auch S. Jacoby in Grünhut's *Zft. f. d. Priv.- u. öffentl. Recht d. Gegenwart*, Bd. 16, S. 164.

Eigenthümlich ist auch die Regelung der Frist zur Beantwortung von Vertragsanerbieten, welche aus einem Vertragsabschlusse durch unbeauftragte Geschäftsführer erwachsen. Wenn mein Freund in meiner Abwesenheit ohne Auftrag mein Haus verkauft, weil er ein überaus vortheilhaftes Kaufangebot entdeckt hat, so wird mir das Geschäft, sobald ich von ihm seitens des Freundes Kunde erhalten, überhaupt erst angeboten. Der Kauflustige sollte hier nicht anders gebunden sein als bei jedem andern Vertragsanerbieten. In der That kann die Art, wie ein solches an mich kommt, nichts ausmachen. Ob der Käufer es mir sogleich zustellt oder es erst nach Vorverhandlungen mit meinem Freunde mir durch diesen (oder auch unmittelbar) zukommen lässt, sollte gleichgiltig sein. Doch soll hier die Wartefrist, binnen deren ich auf das Anerbieten antworten muss, nicht, wie sonst, nach der Verkehrssitte bestimmt werden, sondern ein für alle Mal zwei Wochen betragen (§ 123). Eigenthümlich ist, dass ich in solchem Falle nach § 127 meine Zustimmung zu dem Verkaufe meines Hauses nicht blos dem Käufer ertheilen kann, sondern auch ebenso gut dem vermittelnden Freunde, welcher demnach hier als eine Art gesetzlicher Empfangsbevollmächtigter für den Käufer gilt. Man wird dies jedoch nur da anwenden dürfen, wo es nicht dem erkennbar gewordenen Parteiwillen widerspricht.

Merkwürdig ist jedenfalls, dass der Entwurf den Fall einer vorherigen Einwilligung in ein Geschäft, das für den Einwilligenden abgeschlossen werden soll, von der Ertheilung einer Vollmacht unterscheidet, aber freilich beides in gleicher Weise behandelt (§ 127). In Wahrheit dürften diese beiden Erklärungen auf eines hinauslaufen.

Es wurde schon oben angedeutet, dass die Behandlung der „Bedingungen und Befristungen“ (§ 128 ff.) viele Lehrbuchswahrheiten enthält, wie sie der Gesetzgeber nicht schafft, sondern vorfindet. Zu ihnen ist auch zu rechnen, dass das sehr bestrittene Rückwirken der Bedingungen von der Vertragsauslegung abhängig sein soll (§ 130). Daneben

finden sich aber auch einige wichtige Anordnungen, welche sich keineswegs von selbst verstehen, so die Möglichkeit allseitig wirksamer auflösender Bedingungen bei dinglichen Geschäften (§ 129), die Vererblichkeit blos bedingter Rechte (§ 132), die Gewährung von Sicherheitsansprüchen für den bedingt Berechtigten (§ 133), Schutz gegen eine Bedingungsvereitelung von Seiten des bedingt Belasteten (§ 134), der Satz: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum (§ 135) und Aehnliches, lauter wohlbewährte, wenn auch nicht durchweg unbestrittene Sätze.

Höchst eigenartig erscheint die Gleichstellung des fünften Abschnitts mit der im vierten behandelten Rechtsgeschäftslehre. Die Ueberschrift lautet: „Fahrlässigkeit. Irrthum."; den Inhalt bilden drei Paragraphen welche den Begriff der Fahrlässigkeit bestimmen, der wohl besser bei den Schuldverhältnissen erörtert worden wäre, und eine Aufklärung über die Redeweise des Entwurfes bezüglich des Wortes Irrthum geben, welche nicht gerade nöthig war und jedenfalls eher in das Einführungsgesetz gehört haben würde, als an diese Stelle. Uebrigens hat sich gerade an diesen kleinen Abschnitt eine Polemik angeknüpft, welche die Verfasser des Entwurfes wohl schwerlich erwartet haben. § 144 lautet: „Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird." Als die Verfasser des Entwurfs dies niederschrieben, schienen sie selbst mit einer solchen Sorgfalt zu verfahren; denn sie wiederholten damit nur die übliche Verdeutschung der *diligentia diligentis patrisfamilias.* Allein der ordentliche Hausvater, welcher in der Wissenschaft mit Geduld ertragen worden war, wurde nunmehr, als er sich in den Entwurf hineingewagt hatte, eine Zielscheibe der Anfechtung und des Spottes. Von einem der entschiedensten Gegner des Entwurfes ist z. B. bemerkt worden, dass nach der angeführten Vorschrift auch die Ballettänzerin in Erfüllung ihrer vertragsmässigen Berufspflicht mit der Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters werde tanzen müssen. Durch dies glücklich gewählte, drastische Beispiel wurde in der That der wunde

Punkt der angefochtenen Ausdrucksweise getroffen, ihr unvermeidlicher Hinweis auf eine übertriebene pedantische Aengstlichkeit eines älteren Herrn. Man würde übrigens sehr irren, wenn man wirklich in solcher Gesinnung die römische Denkart wiederkennen wollte. Ihr paterfamilias ist mehr Hausherr, als Hausvater. Es ist der selbständige Römer, welcher nicht als Haussohn dem Befehle eines Vaters zu gehorchen braucht, der für ihn die Verantwortlichkeit trägt, sondern mit eigenem Gewissen für seine Handlungen haftet. Der *diligens paterfamilias* ist also der *gewissenhafte, mit Selbstverantwortlichkeit thätige Mensch* im Gegensatze zu dem Gehorsamspflichtigen, der, wie z. B. noch heute der militärische Untergebene es thun muss, genöthigt ist, fremde Befehle ungeprüft, aber auch ohne eigene Verantwortung, auszuführen. Ob nun dieser Gedanke in dem Gesetzestexte Ausdruck findet oder ob man, wie vorgeschlagen worden ist, aus dem ordentlichen Hausvater einen „wackeren Mann" macht [1]), oder endlich ob man sich weiter mit ihm behilft, davon hängt in der That nicht allzu viel ab. Nicht mit Unrecht ist bemerkt worden, dass in den Augen eines verständnissvollen Richters auch der ordentliche Hausvater als gesetzliche Andeutung eines in Worte nicht genau fassbaren Gedankens seine Schuldigkeit thun würde. In der That würde auch der älteste Hausvater, wenn er die Jugendfrische und Geschmeidigkeit einer Tänzerin erlangen könnte, nicht verfehlen diese Eigenschaften in angemessener Weise zu verwenden.

Dass hinter den Rechtsgeschäften von „der Zeit" die Rede ist, über welche strenge genommen in der allgemeinen Rechtslehre als einem der beiden Rahmen, in welchen sich die Wirkung des Rechtes bewegt, neben dem Raume verhandelt werden sollte, ist dem Kenner der Pandektenlehrbücher nicht befremdlich. Der sechste Abschnitt [2]) behandelt sie allerdings nicht in jeder Hinsicht; er redet vielmehr nur

---

[1]) Vgl. Menger, a. a. O., S. 132 ff.

[2]) Vgl. hierzu Fritz Meyer, in den *Gutachten aus dem Anwaltstande*, S. 933 ff.

von den Zeitbestimmungen. Wir finden hier in Anlehnung an bekannte Regeln des Handelsgesetzbuches, wenn auch nicht in unbedingter Uebereinstimmung mit ihnen, eine Reihe von Auslegungsregeln, welche dem Verkehrsleben abgelauscht sind und zweifellos der Einheit der Geschäftsgrundsätze innerhalb Deutschlands förderlich sein würden.

Unvermittelt, wie sich überhaupt die Vorschriften des allgemeinen Theiles an einander reihen, springt uns nunmehr die Anspruchsverjährung entgegen (§ 154 ff.). Das römische Recht lässt die „actiones“ verjähren; auf die Anregung Windscheid's verdeutscht man dies Wort neuerdings mit „Anspruch“ [1]). So nennt denn auch der Entwurf diejenigen Befugnisse, welche durch Verjährung erlöschen sollen, mit diesem Namen. Er definirt den Anspruch (§ 154) als: „das Recht einer Person von einem Andern eine Leistung zu verlangen“, besser wäre: „eine gerichtlich verfolgbare Leistung“; denn ein Anspruch auf Leistungen, die nicht gerichtlich verfolgbar sind, kann auch nicht durch Verjährung dieser Verfolgbarkeit entkleidet werden. Anerkannt ist vom Entwurfe der richtige Satz, dass die Befugniss zu Familienrechtsausübungen durch Verjährung nicht verloren gehen kann; denn jedes einzelne Familienrecht ist zu kostbar, um dem Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit leichthin geopfert zu werden.

Gemeinhin nimmt man an, dass die Verjährung etwas „Positives“ ist, d. h. eine Einrichtung, deren Grundgedanke ohne besondern Befehl des Gesetzgebers nicht aus allgemeinen Erwägungen über die Ziele und die Mittel des Rechtsschutzes in Frage kommen könnte. Da nach der Meinung

---

[1]) Vgl. hierzu insbesondere Klöppel in den citirten *Gutachten des Anwaltstandes*, S. 825 ff. In einem Aufsatze der *Zeitschrift für deutschen Zivilprocess*, welcher dem Schreiber dieser Zeilen soeben zur Correctur vorgelegen hat, ist er auf diesen Punkt näher eingegangen; vgl. hierzu die Bemerkungen von Hanausek und Bähr in den *Verhandlungen des 20ten Deutschen Juristentags*, Bd. I, S. 304 u. S. 309, und den auf diesem Tage gefassten Beschluss, Bd. 2, S. 59, und übrigens auch v. Jhering, *der Besitzwille*, Jena 1869, S. 520 ff.

vieler vom Positiven zum Verwerflichen nur ein Schritt ist, so hat diese Anschauung zu einer gänzlichen Beseitigung der unvordenklichen Verjährung im Entwurfe geführt, welche jedoch, wie es in der preussischen Praxis gleichfalls bereits geschehen ist, da, wo sie unentbehrlich ist, unter dem Deckmantel des „Herkommens" wieder in das Recht hineinschlüpfen wird [1]. In Wahrheit liegt bei den Verjährungsvorschriften das Positive lediglich in der festen Zahl, welche dem richterlichen Ermessen Schranken setzt. Im Uebrigen ergiebt sich auch ohne Vorschrift die Nothwendigkeit vor Gericht die Hervorkehrung längstvergangener Vorfälle einzuschränken. Ihnen gegenüber ist die andere Partei oft schlechterdings nicht in der Lage, den wahren Sachverhalt aufzuklären und sich ordentlich zu vertheidigen. Dieser Nothstand muss sich zu allen Zeiten, also auch schon vor Theodosius II, den Rechtspflegern aufgedrängt haben. Das classische Recht gab vermuthlich damals in diesem Punkte, wie in allen andern, den Richtern einen weiten Spielraum in dem, was sie für glaubhaft und beweiskräftig halten wollten. Erst der genannte Kaiser stellte die dreissigjährige Frist als unumstössliche allgemeine Schranke hin (ebenso Entwurf § 155) und dass man hieran sowie an den Sondervorschriften über Beginn und Unterbrechung der Verjährung genau festhält, entspricht durchaus den strengeren Grundsätzen, welche das canonische Recht für Beweislast und Beweiswürdigung einführte. Auch der Entwurf widmet dieser Einrichtung eine reiche Casuistik, eine unvermeidliche Folge der festen Zeitgrenze, welche das Gesetz dem richterlichen Ermessen steckt. Wir finden hier Anlehnungen an bekannte gemeinrechtliche Lehren, auch an solche von zweifelhafter Richtigkeit, z. B. ist bestimmt, dass neben den Ansprüchen auf immer wiederkehrende Leistungen der aus ihrer Zusammenzählung entstehende Anspruch als Ganzes verjähren kann, eine Norm, welche

[1]) Vgl. hierzu des Verf. Ausführungen in den *Verhandlungen des 16ten deutschen Juristentags*, Bd. 1, S. 241 ff., und Hartmann, im *Archiv f. civ. Pr.*, Bd. 73, S. 325 ff.

an den Grundgedanken der vom Entwurfe beseitigten unvordenklichen Verjährung anklingt.

Namentlich ist auch zu erwägen, dass die lange dreissigjährige Frist, welche der verkehrsarmen byzantinischen Zeit zusagen mochte, für unser lebhaftes Geschäftstreiben längst als unzureichend empfunden worden ist. Der vorsichtige Handelsmann betrachtet nur bei verjährten Schulden die Quittungen als entbehrlich, der Verjährungstermin ist daher oft für diese Urkunden ein Verbrennungstermin. Die quittungsreichen Kisten und Schränke unserer Tage vermögen aber einen 30jährigen Bestand kaum noch zu bergen. Dazu kommt neuerdings die Erwägung, dass kurze Verjährungen die Kraft in sich bergen, Geschäftsabwickelungen zu beschleunigen und den Stoffwechsel im Nationalvermögen zu begünstigen, auch leichtsinniges Creditwesen zu unterdrücken. Ein solcher Gedanke liegt der längeren Verjährung fern, daher denn auch die Ansicht ausgesprochen worden ist, dass alle kurzen Verjährungen als gesetzliche Befristungen zu behandeln sind, eine Ansicht, welche dem Entwurfe nicht zu Grunde liegt. Dieser hat jedoch unter Nachbildung der Gesetze der Einzelstaaten eine kürzere, verkehrsbefördernde Verjährung von zwei oder vier Jahren zugelassen, für solche Geschäfte, deren rasche Abwickelung ihm erwünscht erscheint. Sie sind in casuistischer Weise bestimmt; die Aufzählung der zweijährigen Fälle umfasst nicht weniger als fünfzehn Nummern (§ 156). Es ist übrigens der Wunsch ausgesprochen worden [1], bei den Verjährungen kaufmännischer Schuldverhältnisse die Ansprüche der Handelsleute gegen die Kunden (die Käufer) von denjenigen gegen die Lieferanten zu scheiden. Für jene ist die kurze Verjährung erwünscht, weil sie der Creditgewährung ungünstig ist und ungünstig sein soll, um leichtsinniges Borgen zu verhindern. Im Verhältnisse des Produzenten zu dem Kaufmanne befördert dagegen eine stärkere Creditgewährung

---

[1]) Vgl. S. Jacoby in Grünhut's *Zeitschrift für das priv. und öffentliche Recht*, Bd. 16, S. 172.

den Handel und damit die Production. Hier sollte also die creditabtödtende kurze Verjährung keinen Wirkungskreis erhalten.

Ob die Zukunft geneigt sein wird, diesen ganzen Rechtszweig zu vereinfachen und wieder dem richterlichen Ermessen, das neuerdings mehr und mehr verstärkt wird, auch hier freie Bahn zu gewähren, dies kann zur Zeit niemand vorhersehen. Die Gegenwart empfindet ein Bedürfniss hierzu sicherlich noch nicht.

Dass die Verjährungsfrist weil sie dem Gemeinwohle dient, nicht durch Vertrag verlängert werden kann, ist (im Widerspruche mit dem preussischen Rechte) aus gutem Grunde bestimmt worden. Eine in ihrer gegenwärtigen Geltung zweifelhafte alte Schuldurkunde wird auch in der That nicht dadurch ein annehmbareres Schuldbeweismittel, dass sie die Clausel enthält, über die gewöhnliche Verjährungszeit hinaus wirksam sein zu wollen. Dagegen soll diese Zeit durch Rechtsgeschäft abkürzbar sein (§ 185). Im Geschäftsverkehre würde freilich eine solche Abrede schwer von der Zufügung eines Endtermins für die Schuldhaftung zu unterscheiden sein; man würde sie nur annehmen können, wo die Parteien auf das Verjährungsrecht ausdrücklich Bezug nehmen, und dazu wird nur höchst selten, vielleicht niemals, ein Anlass vorliegen.

Ehe wir von der Verjährungslehre scheiden, müssen wir noch den Widerspruch beachten, welchen die Behandlung compensabler Forderungen im Entwurfe auf diesem Gebiete aus gutem Grunde gefunden hat (§ 162, 3). Wenn z. B. ein Handwerker von seinem Hauswirthe ebensoviel Arbeitslohn verlangen kann, wie er ihm als Miether in späterer Zeit schuldig geworden ist, so muss er nach dem Entwurfe eine ausdrückliche Aufrechnungserklärung abgeben. Thut er dies nicht, weil eine solche Aufrechnung einsichtigen Leuten selbstverständlich sein muss, so soll er Gefahr laufen, dass seine Schuldforderung verjährt und von der Miethsschuld überlebt wird. Auf eine zurückhaltende Bescheidenheit des Gläubigers ist hier gewisser Maassen eine Strafe gesetzt, welche hoffentlich

noch in letzter Stunde wegfallen wird, ehe sich der Entwurf in ein Gesetzbuch verwandelt.

Die letzten vier Abschnitte des allgemeinen Theils betreffen das gemeinsame Grenzland des Privatrechts und des Processes [1]), allerdings nur theilweise und ohne einen einheitlichen Anordnungsplan (Selbstvertheidigung und Selbsthilfe, Urtheil, Beweis, Sicherstellung). In der Selbstvertheidigungslehre ist ein Strafrechtszweig mitberührt, welcher allerdings für den privatrechtlichen Delictsbegriff von Bedeutung ist: Nothwehr und Nothstand [2]). Im Nothwehrbegriffe hält der Entwurf mit dem Reichsstrafgesetzbuche enge Fühlung; bezüglich des Nothstandes aber wandelt er durchweg auf eigenen Bahnen (§ 187) [3]). Zunächst ist vom Nothstande nur bei Sachbeschädigungen die Rede, nicht bei Körperverletzungen. Sodann soll, so ist bestimmt, niemand in der Noth eine andere fremde Sache verletzen dürfen, als gerade diejenige, von welcher her die Gefahr droht. Wenn ich mich also vor einem tollen Hunde nur durch einen Axthieb retten kann, der entweder auf das Thier oder auf des Nachbars Zaun, der mir einen rettenden Ausweg verschliesst, fallen kann, so muss ich nach dem Hunde schlagen, um dem Nothstandsbegriffe des Entwurfs zu genügen, nicht nach dem Zaune. Offenbar ist dies bestimmt, um nur überhaupt dem zweifelhaften Umfange dieses Begriffs eine feste gesetzliche Schranke zu geben. Wie gross die Gefahr ist, welcher ich entgehen will, auch ob es eine körperliche oder eine Vermögensgefahr ist, darauf legt der Entwurf kein Gewicht, daher er-

---

[1]) Vgl. hierzu Fischer, *Recht und Rechtschutz*, Berlin 1889.

[2]) Vgl. hierzu von Liszt, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, Berlin 1889, und über die Gleichmässigkeit der Begriffsbestimmungen für Civil- und Strafrecht: Birkmeyer in der *Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft*, Bd. VII, S. 163—226.

[3]) Die grosse Schwierigkeit, diesen Fall gesetzlich zu regeln hat einen Kritiker zu dem Vorschlage hingeführt, seine Behandlung gänzlich freiem richterlichen Ermessen zu überlassen (Schmidt in den *Gutachten des Anwaltstandes*, S. 1194).

laubt er mir z. B. einen fremden kostbaren Neufundländer zu tödten, damit er mir nicht meinen Handschuh zerbeisst. Endlich darf ich jeden Andern (nicht bloss meinen Angehörigen) nicht minder vertheidigen wie mich selbst. Das sind alles auffällige Dinge, allein auch das Strafrecht bestimmt Auffälliges. Ohne Rücksicht auf das Werthverhältniss zwischen dem zerstörten und dem geretteten Gute lässt sich kaum von einem Nothstande oder einem entschuldigenden Zwange reden, wenn man nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangen will [1]). Im Allgemeinen sollte man fremde Güter aus Noth nur dann zerstören dürfen, wenn ein vernünftiger Mensch in der gleichen Weise auch eigene Güter zu solchem Zwecke zerstört haben würde. Da ferner sogar der Staat mir Entschädigung schuldet, wenn er mein Eigenthum zum allgemeinen Besten enteignet, so muss man erwägen, ob nicht auch Privatleuten eine Ersatzpflicht auferlegt werden sollte, sobald es ihnen ausnahmsweise gestattet wird, mir aus Nothstandsgründen in dieser Weise zu nahe zu treten.

Unter die Ueberschrift „Urtheil" marschiren drei folgenschwere Bestimmungen auf (§§ 190—192). Die Klagen auf zukünftige Leistungen werden nur in gewissen Ausnahmefällen gestattet. Der Verzicht auf die Folgen des rechtskräftigen Urtheils wird gestattet; dass er als Schenkung gelten soll, wird nicht gesagt. Endlich wird die Rechtskraft des Urtheils auch bei persönlichen Klagen auf alle Rechtsnachfolger der Parteien ausgedehnt und damit ein Hauptunterschied zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen beseitigt, im Widerspruche mit dem Grundgedanken des bekannten Satzes: In personalibus res non fit litigiosa.

Hinsichtlich der Beweislast wiederholt der Entwurf die herrschende Lehre (§§ 193—198), welche, vermuthlich unter der Nachwirkung canonischer Grundsätze, bekanntlich der Freiheit richterlichen Ermessens nicht günstig ist und die Rechtsverfolgung oft erschwert, jedoch in den Anschauungen der Juristenwelt fest wurzelt.

[1]) Vgl. v. Thur, *der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, S. 54.

In den Vorschriften über Sicherheitsleistung, dem letzten Abschnitte des allgemeinen Theiles, werden die entsprechenden Vorschriften der Deutschen Civilprozessordnung (§ 101 ff.) nicht durchweg nachgebildet. In dieser sind nur hinterlegte Gelder und Werthpapiere als Sicherungsmittel anerkannt, während im Entwurfe der Kreis dieser Hilfsmittel erheblich weiter abgesteckt ist. Bedenkt man, dass das Bedürfniss sie zu gebrauchen, im Prozesse in der Regel schneller vorübergeht, als ausserhalb desselben, so begreift man die grössere Mannigfaltigkeit der Wege, welche im Entwurfe dem Cautionspflichtigen zur Lösung seiner Aufgabe eröffnet werden. Dass die Pfänder den Bürgen vorgezogen werden sollen, ist eine längst eingebürgerte Abweichung vom römischen Rechte, dessen Vorliebe für Bürgschaftsstellungen verschwinden musste, als das Processrecht schwerfällig und die Ausklagung der Bürgen unbequem wurde (vgl. auch Entwurf § 234). Auf einem ähnlichen Gedanken beruht ferner der Grundsatz, dass die ausländische Hypothek ein ungeeignetes Sicherungsmittel sein soll.

Wir sind an das Ende derjenigen Sätze gelangt, welche der Entwurf als „allgemeinen Theil“ im ersten Buche zusammenfasst. Wir stehen jedoch noch nicht am Ende der in ihm enthaltenen allgemeinen Rechtsregeln. Bevor wir von diesen zurückschauend ein Gesammtbild gewinnen können, müssen wir zunächst auf die folgenden Theile des Werks einen Blick werfen; denn sie schliessen sich dem bisher Besprochenen auf das Engste an.

(*Wordt vervolgd.*)

RECHTSPRAAK.

DE REDACTIE DER VONNISSEN,

DOOR

Mr. B. VAN BONEVAL FAURE,

Hoogleeraar te Leiden.

Ik heb lang geaarzeld de hiervolgende opmerkingen op het papier te zetten en openbaar te maken. Reeds meer dan eens veroorloofde ik mij het onderwerp te bespreken. Dat wordt voor de lezers vervelend en het geschrevene wordt ongelezen gelaten. In de eerste plaats door degenen wier aandacht men inzonderheid op het onderwerp wilde vestigen. En daarvoor is de kans te grooter, als zij kunnen onderstellen weer dezelfde aanmerkingen te zullen vernemen en het verdrietig vinden dat zij er niet toe kunnen komen om te veranderen en daardoor te verbeteren, wat zij eigenlijk moeten erkennen niet goed te verrichten. Want dat de redactie der vonnissen, sedert ik het waagde die te kritizeeren, en aan te wijzen hoe zij korter en bondiger, duidelijker en meer in overeenstemming met de wet, ook in het belang van het recht en de rechtzoekenden, kon geschieden, beter werd, dat heb ik nog niet kunnen constateeren. Voorzoover men mij echter tot dusver heeft gevolgd, zou ik tot voortlezen willen uitnoodigen om tweeërlei reden. Vooreerst, omdat ik over dit onderwerp enkele vroeger niet gemaakte opmerkingen zal mededeelen en ten andere, omdat al mocht het dezen of genen ontstemmen, het er mij niet om te doen is onze rechterlijke macht de les te lezen; daarvoor bekleed ik de mij opgedragen betrekking niet; maar wel omdat ik, ook in die betrekking, levendig belang stel in alles wat aan de opbouwing in het bijzonder van ons

Nederlandsch recht en onze vaderlandsche rechtspraak bevorderlijk kan zijn. Gelijk bij vorige gelegenheden neem ik ook thans de uitspraken uit het *Weekblad*, zooals zij mij in de hand vallen. Dat ik mijne opmerkingen eer aan de eene dan aan de andere verbind is meer toeval dan opzet. Ik moet ze noemen om mij verstaanbaar te maken; mijne opmerkingen zijn in het geheel niet persoonlijk, als louter zakelijk zijn zij bedoeld.

Vroeger merkte ik op dat, terwijl de wet in art. 59 3° B. R. vordert de opneming in de vonnissen van de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het rechtspunt ieder afzonderlijk betreft, waarmede zij niet anders kan bedoelen dan de feiten waarop der partijen beweringen steunen en de gronden voor de toepassing van dezen of genen rechtsregel op die feiten, er niet de minste reden is om in het vonnis een verslag te geven van de tot instructie van het geding verrichte handelingen als: dat er is procureur gesteld, geconcludeerd en geantwoord en gepleit. Dit blijkt ten duidelijkste uit vele vonnissen, van welke de steller toont dat verslag der proceshandelingen niet tot de feiten te rekenen door in het vonnis uitdrukkelijk te zeggen: „overwegende wat de feiten *en procedures* betreft", of iets dergelijks. De wet verlangt alleen feiten, geen procedures, opgenomen te zien. En zonder nu met het „omne nimium nocet" tegen het „nimium non nocet" te gaan strijden, geloof ik te kunnen volstaan met deze opmerking: dat, wanneer de wet bepaalt wat het vonnis behelzen *moet*, alles wat de wet niet vordert er niet in behoort; dat het nut der inlassching geen vergoelijking daarvan kan zijn, omdat dat nut eenvoudig niet bestaat, dan wellicht voor griffiers of praktizijns wier nut de vonnissen naar de wet niet beoogen; dat het naar de wet overbodige hier zelfs schadelijk is voor hen in wier belang de vonnissen gegeven worden, want dat de kosten er door vermeerderen, en deze komen ten laste van de rechtzoekenden.

Nu zal men, dit erken ik, deze wetsovertreding, met het oog op het daarvan aangewezen nadeel, in de meeste gevallen

eene zeer onschuldige kunnen noemen. Maar het blijft daar gewoonlijk niet bij. De eene overtreding leidt weer tot eene andere; want ook hier komt het alleen aan op den eersten stap.

Wanneer de rechter eenvoudig vertelde, hoeveelmaal er geconcludeerd is en dat er gepleit is, zelfs wanneer hij de slotsom der conclusiën tekstueel daarbij overnam, dan zou het nadeel nog zoo groot niet zijn; die slotsommen maken het voorlezen en aanhooren van de voorlezing en later het lezen van het vonnis alleen ietwat minder opwekkend, maar als de inhoud der conclusiën in zijn geheel wordt medegedeeld dan krijgt men daarmede niet alleen de feitelijke maar ook de rechtelijke beweringen en redeneeringen der partijen onder de gronden van het vonnis wat de *feiten* betreft. En nu weet ik wel, dat het een *feit* is en een feit kan genoemd worden, dat eene partij in een geding een conclusie met den aangegeven inhoud heeft genomen, maar dat is niet een van die feiten welke, naast de gronden wat het rechtspunt betreft, onder de gronden *wat de daadzaken betreft*, in 's rechters vonnis moeten worden opgenomen naar art. 59 nº. 3. Zoo worden dan de feiten, tengevolge van het daaronder opnemen van een verslag der procedures, vermeerderd met wat daartoe niet behoort, met gronden nl. voor rechtsbeweringen en zoo voegt zich een *tweede* wetsovertreding bij de eerste.

Wanneer de rechter dan, na dergelijke zoogenaamd feitelijke overwegingen, tot de overwegingen wat het recht betreft overgaat, dan krijgt men daarin, gelijk ik reeds bij een vorige gelegenheid opmerkte, zooveel van de feiten terug als voor het goedmaken der rechtsoverwegingen noodig is, en wat eigenlijk als overweging wat de daadzaken betreft voldoende geweest ware. *Derde* overtreding, in zoover ook hij die de wet ontduikt in strijd met de wet handelt. Want de wet wil dat het vonnis de gronden zal inhouden zoo wat de daadzaken als het rechtspunt, *ieder afzonderlijk*, betreft, en hier zijn zij alleen formeel gescheiden, inderdaad onder elkander vermengd.

Eindelijk, en zoo kan de eerste misstap nog tot een *vierden* leiden, heeft de rechter eens de feiten in een verslag der procedures naar vorm en inhoud doen opgaan, dan gaat hij licht, waar niet anders dan een verschil over de feiten tusschen partijen heeft bestaan, de overweging daarvan maken tot de gronden van zijn uitspraak wat het recht betreft. Zoo worden zijne overwegingen wat de daadzaken betreft een verslag van de *beweringen en redeneeringen van partijen*, terwijl de overwegingen wat het recht betreft *de redeneeringen des rechters* bevatten, al betreffen zij blootelijk de feiten.

Zoo is men zeker een heel eind verwijderd geraakt van wat art. 59 n°. 3 voorschrijft. Formeel overweegt de rechter wel wat de daadzaken en wat het rechtspunt betreft ieder afzonderlijk; hij zegt ten minste in uitdrukkelijke bewoordingen dat hij het doet, maar als men den inhoud van zijne overwegingen nagaat dan is alles anders.

Ik vind al wat ik hier als gebreken in de redactie van een vonnis meende te moeten signaleeren terug in een vonnis van het Kantongerecht n°. 1 te Amsterdam van 1 Juli 1890, opgenomen in *Weekblad v. h. R.*, n°. 5896.

Dat deze Kantonrechter, bij de redactie zijner overwegingen, van den gewonen vorm afwijkt en den beschrijvenden of verhalenden en redeneerenden boven den beschouwenden en betoogenden stijl verkiest, wil ik allerminst wraken. De voorstelling kan daardoor aan duidelijkheid winnen; de zinnen kunnen korter gemaakt worden en het door voortdurende herhaling zoo vermoeiende *dat* wordt vermeden. Maar wanneer de overweging wat de feiten betreft, gelijk hier, tot een verslag der procedure wordt gemaakt, waaruit de feiten van het geding door den hoorder of lezer van het vonnis zelven moeten worden uitgevischt, dan levert de verhalende stijl geen enkel voordeel boven den beschouwenden op.

In het aangehaalde vonnis lost de overweging wat de feiten betreft zich geheel op in een verslag van hetgeen partijen gezegd en beweerd hebben. Wij zien nu wel, dat hier niet alleen is geantwoord, maar ook gerepliceerd en gedupliceerd

en men zou zelfs gaan gelooven, dat er conclusiën van repliek en dupliek genomen waren, maar de inhoud van die conclusiën of redeneeringen en beweringen, die in dit vonnis in haren geheelen omvang zijn meegedeeld blijkens de „enz. enz.", blijken ook daardoor geheel overbodig te zijn opgenomen. Wat beteekenen al die redeneeringen, die natuurlijk ook de hoofdzaak betreffen, in een vonnis dat op een niet-ontvankelijk-verklaring wegens verstrijken van den termijn voor het doen van verzet uitloopt? En als men alles weet wat partijen alzoo gezegd hebben, is dan, door de mededeeling van *dit* feit, door den rechter aangewezen welke feiten den grondslag zijner beslissing uitmaken? Immers neen!

De verdere inhoud van het vonnis bewijst de juistheid van mijne bedenkingen. Immers daaruit volgt, dat de geopposeerde heeft beweerd dat het verzet te laat zou zijn gedaan, dat de juistheid van deze bewering dat verzet niet ontvankelijk moest doen verklaren en een onderzoek omtrent hetgeen partijen overigens hebben aangevoerd achterwege behoort te blijven. En waartoe dan dat alles „in longum et latum" opgenomen in het vonnis?

De voordracht der bewering dat het verzet te laat is gedaan is zeker een feit en, terwijl van de juistheid dier bewering de ontvankelijkheid van het verzet afhankelijk is, moest zeker door den rechter worden onderzocht de waarheid van de door den geopposeerde tot staving van die bewering aangevoerde feiten: dat de oppossant, in door hem meer dan veertien dagen vóór het verzet geschreven brieven, toonde met het tegen hem gewezen vonnis bekend te zijn. Maar wat heeft dit alles, wat eenig en alleen de feiten betreft waarop de rechter zijn uitspraak zal doen steunen, met „de gronden der uitspraak *wat het rechtspunt betreft*" te maken? Is hier met een enkel woord sprake van de aanwijzing van een toepasselijken algemeenen rechtsregel of van gronden voor de al of niet toepasselijkheid daarvan of betreffende het recht verstand van zoodanigen regel? En toch vinden wij het in het besproken vonnis opgenomen onder de „Overweging in

rechte(n)". Is het niet alsof art. 59 n°. 3 dus ware te verstaan, dat tot de daadzaken behoort alles wat *voor* den rechter voorviel, wat de partijen dáár zoowel ten aanzien van zekere feiten als van rechtspunten hebben beweerd en voorgedragen, en dat tot het rechtspunt behoort wat *door* den rechter daarover werd gedacht en gezegd? Zou dit niet het onwillekeurig gevolg zijn van dat verslag van den loop der procedure, dat de rechter in zijn vonnis meent te moeten geven in de plaats van de feiten, die den grondslag uitmaken van zijne beslissing? Wordt in dit vonnis niet al datgene aangetroffen, wat ik hierboven als overbodig aanwees, en is het dooreenmengen van het feitelijke en het rechtspunt niet duidelijk voor een ieder, die niet aan de woorden „overwegende wat de daadzaken betreft", en „overwegende in rechte(n)" blijft hangen en zich met deze louter formeele afscheiding tevreden stelt?

Zeker, er was in dit vonnis in rechte weinig te overwegen. Na de waardeering der feiten, bleef niet dan de toepassing van het op dit punt zoo duidelijke artikel 81 over. Maar daar behoeft toch geen symmetrie in de tweeërlei overweging te bestaan!

Naar mijn oordeel had de rechter kunnen volstaan met in zijn vonnis alleen het volgende op te nemen.

Wij Kantonrechter enz.

O. wat de feiten betreft:

Bij exploit van 16 Juni 1890 heeft opposant aan den geopposeerde doen verklaren, dat hij komt in verzet tegen een vonnis, den 11den April door ons Kantonrechter bij verstek tusschen geopp. als eischer en opp. als gedaagde gewezen, en hem dien ten gevolge doen dagvaarden ten einde dat vonnis te hooren vernietigen en hem opp. alsnog niet ontvankelijk verklaren in den door hem ingestelden eisch immers hem dien te ontzeggen en voorts aan hem opposant te hooren toewijzen een bij datzelfde exploit ingestelde reconventioneele vordering tot betaling van enz. De geopposeerde heeft daartegen o. a. beweerd dat opp. zijn verzet te laat heeft gedaan enz. enz.

Hier had dan kunnen volgen de verdere appreciatie van deze feitelijke bewering behalve datgene wat wordt vermeld in de zinsnede: „nu moet — bekend is"; want hierin

ligt de overweging betreffende het rechtspunt welke dan aldus had kunnen luiden:

> Overwegende in rechte: terwijl volgens art. 81 enz., zoo is het op 16 Juni tegen bedoeld vonnis gedaan verzet te laat gedaan en daarom niet ontvankelijk.
>
> Overwegende wat de door den opposant ingestelde reconventioneele vordering aangaat:
>
> de niet-ontvankelijkheid daarvan moet noodzakelijk volgen uit de niet-ontvankelijkheid van het verzet. Eene reconvent. vordering immers enz. enz.

En nu kan de beslissing volgen:

> Verklaren den opp. niet ontvankelijk in zijn gedaan verzet en reconventioneele vordering;
>
> Verwijzen hem in de kosten.

Op deze wijze voldoet het vonnis aan het voorschrift der wet. Er ontbreekt niets van hetgeen er in vermeld moet worden. De feiten en het rechtspunt zijn behoorlijk onderscheiden en afgescheiden en de expeditie zal voor partijen niet alleen min kostbaar zijn, maar haar ook duidelijker doen worden 's rechters uitspraak, omdat datgene waarop het alleen aankomt niet onder allerlei waarop het niet aankomt bedolven wordt.

Ofschoon de onjuiste wijze, waarop art. 59 n°. 3 wordt toegepast, in het nu door mij besproken vonnis zeer duidelijk in het licht komt, is zij evenwel metterdaad niet zoo ongewoon en oefent de zonderlinge opvatting, om de tusschen partijen gevoerde beweringen met de gronden daarvoor tot den inhoud der overwegingen betreffende de daadzaken te maken, zeer dikwijls den door mij aangewezen invloed uit. Ik denk daarbij aan zoo menig vonnis waarin, terwijl partijen alleen gestreden hebben over het al of niet bewezene der feiten, na de uiteenzetting van dit geschil onder de overwegingen wat de daadzaken betreft, verder wordt overwogen, dat het *in rechte* de vraag is of de feiten zijn bewezen.

Doch ook in andere gevallen doet het zich in onderscheiden vorm voor.

Ik behoef slechts te wijzen op een in hetzelfde n^r^. van

het *Weekblad* opgenomen vonnis van de Rechtbank te Assen van den 15[den] April 1889. Ook daar vindt men onder de overwegingen ten aanzien der daadzaken den inhoud van de conclusie van eisch, van die van antwoord en van des eischers nadere conclusie, waarop dan nog volgt de vermelding van het feit dat de eischer zeker stuk in het geding heeft gebracht. Zeker worden daarin dan ook wel de feiten aangewezen, die tot grondslag der vordering of der tegenspraak strekken, maar de rechtsgevolgen welke partijen daaruit afleiden en de gronden waarop zij dat doen worden er tevens in vermeld. Mijns inziens is het de taak van den rechter om uit die redeneeringen van partijen te vinden en vast te stellen die feiten, welke den grondslag van zijne uitspraak zullen uitmaken, en, wanneer partijen het daarover eens zijn, kan de rechter daaraan terecht de verklaring verbinden, dat die feiten tusschen partijen vast staan, om dan, naar aanleiding van den daarop gegronden eisch en tegenspraak, de rechtsvraag te stellen en daaromtrent dan te overwegen *in rechte*. Maar het maakt een zonderlingen indruk na de overwegingen wat de feiten betreft te lezen: „O. ten aanzien van het recht: dat na productie der niet ontkende quitantie de feitelijke grondslagen der vordering tusschen partijen vast staan." *Een zonderlingen indruk*, vooreerst omdat zoo eenige overweging de *feiten* betreft het deze is, en ten anderen omdat het juist de taak des rechters is, om in zijn vonnis aan te wijzen de feiten die vast staan en deze daardoor tot den grondslag van zijne uitspraak te maken. Wil men onder de overwegingen in rechte opnemen de wederzijdsche beweringen der partijen zonder natuurlijk de daarvoor aangevoerde gronden, en daaraan de rechtsvraag vastknoopen, dat kan geen bezwaar maken, ofschoon men daarmede ook de overwegingen ten aanzien der daadzaken kan besluiten en dan de overwegingen in rechte aanvangen met het stellen der rechtsvraag.

Doch die rechtsvraag moet dan ook eene in dit bepaalde proces uit te maken bizondere rechtsvraag zijn en niet geformuleerd, zooals zoo dikwijls geschiedt, en ook in het arrest

van het Hof van Leeuwarden van 21 Mei 1890, hetwelk het vonnis Assen vernietigde (zie hetzelfde n^{r}. van het *Weekblad*), weder plaats heeft, n.l. *of die vordering is ontvankelijk en gegrond.* Wordt die vraag zonder meer als de te beantwoorden rechtsvraag gesteld, dan mist zij voor de bizondere zaak die het geldt, elke beteekenis. Want, men kan in ieder proces de rechtsvraag tot diezelfde formule terugbrengen. Maar ook, al wordt de strekking van de vordering waarop te beslissen valt, er bijgevoegd zooals hier, men komt er niet verder mee. Want terwijl men in het vonnis des eersten rechters leest „dat de eischer uit de wanpraestatie ten aanzien van de overeenkomst alleen het recht ontleent tot uitoefening van zijne reeds vóór het faillissement bestaande voorwaardelijke vordering tot ontbinding tegen den failliet", waaruit volgt dat hem volgens den eersten rechter eene vordering tot ontbinding toekomt, en desniettemin de door hem ingestelde vordering wordt ontzegd, overweegt het Hof dat de vordering strekt tot ontbinding eener overeenkomst tot koop en verkoop op grond van wanpraestatie en wijst die vordering toe.

Hoe is een en ander te rijmen, wanneer men in 's Hofs arrest eerst gelezen heeft, dat het Hof „wat de feiten betreft zich gedraagt aan de daartoe betrekkelijke overwegingen voorkomende in het vonnis den 15^{den} April 1889 door de Rechtbank te Assen tusschen partijen gewezen"?

Omdat het Hof met de Rechtbank de beweringen en redeneeringen van partijen maakt tot de feiten van het proces, die tot grondslag van de uitspraak moeten dienen, terwijl het Hof daarin zelfs zoo weinig den afdoenden feitelijken grondslag van zijne uitspraak gelegen acht, dat het onder de overwegingen in *rechte* opneemt het in zijne oogen hier voor de beslissing afdoend *feit:* „dat het ten processe *als onbetwist vaststaat* dat de bedoelde hoeveelheid turf enz."

Zoo kom ik ook hier weder tot hetzelfde resultaat dat, wanneer de rechter de redeneeringen van partijen maakt tot de feiten die de grondslag zijner uitspraak moeten zijn, in

stede van daaraan die feiten te ontleenen en als den grondslag zijner uitspraak uitmakende aan te wijzen, hij bij zijne overwegingen *in rechte* op laatstbedoelde feiten noodzakelijk wederom wijzen moet; dat hij dientengevolge formeel datgene maakt tot feiten der uitspraak wat er niet toe behoort en bij zijne overwegingen in rechte feiten en rechtsoverwegingen ondereenmengt; alles in strijd met de wet.

Ofschoon ik in de redactie van vonnissen als ik hier gispte, in meer dan een opzicht eene schending zou gelegen achten van art. 59 n°. 3 B.R, zou ik toch niet gaarne adviezeeren om op zoodanigen grond een eisch tot cassatie in te stellen, tenzij ik ook in de uitspraak over de hoofdzaak schending of verkeerde toepassing der wet kon aantoonen. Want, zelfs indien de H. Raad eene vernietiging op grond van schending van art. 59 n°. 3 uitsprak, men kreeg toch licht gelijke uitspraak op de hoofdzaak terug en alleen eene vermeerdering van kosten ware het gevolg.

Maar zoolang als men erkennen moet dat de rechtspraak niet zonder eenige andere reden dan, naar 't schijnt, eenig meerder gemak voor de stellers van het vonnis, — een gemak dat nog wel kon blijken alleen in schijn te bestaan, — voor de rechtzoekenden kostbaarder mag worden gemaakt dan de inachtneming der wettelijke bepalingen medebrengt; zoolang als men erkennen moet dat wanneer de wet voorschrijft wat het vonnis *moet* inhouden, de rechter daaraan gebonden is, en het vonnis alzoo alles moet inhouden wat de wet voorschrijft, niet meer en niet minder; zoolang als vaststaat dat de deugdelijkheid der rechtspraak bevorderd wordt door de opneming in de vonnissen van de gronden der uitspraak, en de wetgever van oordeel is dat de rechter én aan zich zelven én aan de rechtzoekenden niet beter rekenschap kan geven van de juistheid zijner gronden dan door afzonderlijk op te geven die welke de feiten en die welke het recht betreffen; zoolang eindelijk het de taak des rechters zal zijn om volgens de wet recht te spreken en het

niet als wijsheid in hem mag worden geprezen waar hij wijzer wil zijn dan de wet, zoolang zal ik blijven gelooven dat bij onze rechters niet vruchteloos kan blijven een beroep van hen zelven op de wet, van welker juiste toepassing eene wel te verklaren maar daarom nog niet gerechtvaardigde routine hen deed afwijken. Want, met hoeveel zorg en nauwgezetheid de uitspraak worde vastgesteld, het stellen van het vonnis wordt, wat den vorm betreft, eene zaak van routine en wij weten allen dat,.in iedere betrekking, bij handelingen van routine het wettelijk voorschrift licht gevaar loopt plaats te maken voor de bizondere inzichten van hem die tot zijne toepassing is geroepen.

Men twijfelt niet meer of wat men altijd zoo deed ter uitvoering van de wet is overeenkomstig de wet en dit te eerder, waar het gebruik van sacramenteele termen aan den schijn gereedelijk de plaats doet innemen van het wezen.

5 Augustus 1890.

NASCHRIFT.

Nadat dit opstel geschreven was trof ik in *Weekblad* n°. 5901 een vonnis aan van de Rechtbank te Maastricht van 11 April 1889, dat het misbruik van 't overschrijven der conclusiën in het vonnis zóó ver drijft, als het mij nog zelden is voorgekomen.

In de overwegingen zoogenaamd ten aanzien der daadzaken wordt verwezen naar conclusiën die aan het hoofd dezes (d. i. de minute van het vonnis) zijn *overgeschreven*. Dat zullen waarschijnlijk de slotsommen van die conclusiën zijn, die echter alleen aan het hoofd van de expeditie moeten worden opgenomen (art. 62 aanhef: *„behalve hetgeen bij art. 59 is vermeld"* en: n°. 1). Die conclusiën zijn aan het hoofd der minute niet alleen geheel overtollig, maar worden nu òf afgescheiden van de gronden die onder de overwegingen ten

aanzien van de daadzaken voorkomen, òf zij worden nog eens weder met de gronden vermeld.

Verder bevatten de daadzaken niet anders dan een verslag der procedure met tekstueele overneming van de conclusiën. Dan worden de beweringen van partijen, voor zoover zij ter zake dienende zijn en tot de gronden van 's Rechters beslissing behooren, nog eens weder opgenomen onder de overwegingen ten aanzien van het recht, en zelfs wordt het in een der conclusiën tekstueel aangehaalde artikel der overeenkomst, waarover geschil, nog eens woordelijk overgeschreven. Waarschijnlijk heeft de steller van het vonnis alleen de overwegingen ten aanzien van het recht in schrift gesteld en zijn de zoogenaamde overwegingen ten aanzien van de daadzaken er ter griffie bovengeschreven. Ware 't anders, ik zou mij van den schrijflust des rechters geen voorstelling kunnen maken. Maar dat op die wijze geen duidelijk en goed gesteld vonnis kan tot stand komen, bewijst het vonnis zelf op de meest afdoende wijze.

Hoe weinig ook de kantonrechter te Maastricht de geldelijke belangen van de partijen in het oog houdt en door de lengte zijner vonnissen de mindere kostbaarheid van de procedure bij de kantongerechten tot eene onwaarheid maakt, daartoe is in hetzelfde *Weekblad* n°. 5901 eene belangrijke bijdrage te vinden. Dat men zich door het vonnis overtuigen kan, dat beide eischeressen geheel gelijkluidende conclusiën namen, is zeker hoogst belangrijk, maar voor wien?

Ik mocht de gelegenheid, die de correctie van het opstel mij bood, niet voorbij laten gaan zonder daaraan nog deze voorbeelden toe te voegen.

NAAR AANLEIDING VAN EENIGE VONNISSEN UIT DEN LAATSTEN TIJD OVER ART. 1401 B. W.,

DOOR

Mr. H. L. DRUCKER.

Weinige artikelen in onze wetboeken zijn van zoo veelvuldige toepassing als art. 1401 B. W. Van groot belang zijn dus de rechtsvragen, waartoe deze bepaling nog steeds aanleiding blijft geven. Eenige daarvan werden onlangs beslist bij rechterlijke uitspraken, die, zoowel met het oog op de feiten, als op de rechtskundige overwegingen, alleszins eene nadere bespreking verdienen. Vooraf ga een kort overzicht der bedoelde procedures.

Geval I. Een Noorsch fregatschip vaart tegen de spoorbrug over het Noordzeekanaal bij Zaandam en brengt daaraan aanzienlijke schade toe ten nadeele van de Holl. IJzeren Spoorwegmaatschappij. Deze eischt vergoeding op grond van artt. 1401 vlg. B. W. „Het eenig verschilpunt tusschen partijen bestaat hierin, dat de eene op de andere den bewijslast wil overdragen, in dier voege, dat de eischeres beweert, dat ged. de *overmacht* zal hebben te bewijzen, terwijl van zijde van ged. wordt gezegd, dat de eischende maatschappij Gedaagde's *schuld* zou hebben aan te toonen". Bij vonnis der Amsterdamsche Rechtbank, Eerste Kamer, van 5 November 1889 (*W. v. h. R.*, n°. 5812) wordt de bewijslast gelegd op den Gedaagde.

Geval II. Het schip *Norman Prince* ligt in de Spoorweghaven in de Stadsrietlanden te Amsterdam. Een ander schip, in de nabijheid aankomend met eene lading petroleum, laat eene zekere hoeveelheid daarvan in het water vloeien, deels door onvoorzichtig lossen en overleiden in het petroleum-

reservoir, deels door het leegpompen van het schip na de lossing. In het water, dat aldus met petroleum is vermengd, worden nu door lieden, die met een stoomkraan bezig zijn, gloeiende sintels en heete asch geworpen. De petroleum geraakt in brand; de *Norman Prince* ligt midden in de vlammen en lijdt aanmerkelijke schade. De gezagvoerder acht die schade een gevolg van den samenloop van twee onrechtmatigheden — het laten vloeien der petroleum en het wegwerpen der gloeiende stoffen — en stelt een eisch tot vergoeding in, zoowel tegen den kapitein van het petroleumschip als tegen de Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij, die verantwoordelijk is voor de bovenbedoelde werklieden, en bovendien aansprakelijk is als beheerende de spoorweghaven. De Rechtbank te Amsterdam, Eerste Kamer, ontzegt den eischer zijne vordering tegen beide gedaagden (18 Februari 1890, *W. v. h. R.* n°. 5853; *Pal. v. Just.*, 1890, n°. 70; *Mag. van Handelsrecht*, 1890, bl. 182 vlg.).

Geval III. Een schipper bevindt zich op zekeren Decembernacht 1888 met zijne schuit aan de schutsluis nabij den Leidschendam. Plotseling wordt, op last van het Haagsche Gemeentebestuur, het water afgetapt ten behoeve der waterverversching. De schuit kantelt en zinkt. Onze schipper spreekt de Gemeente 's Gravenhage aan tot schadevergoeding. De Rechtbank te 's Gravenhage staat hem toe, de feiten door getuigen te bewijzen (vonnis van 14 Febr. 1890, *W. v. h. R.*, n°. 5910).

In de volgende bladzijden deze vonnissen — door ons met I, II en III aan te duiden — besprekende, wenschen wij andere daarbij behandelde rechtsvragen te laten rusten, en ons te bepalen tot het onderzoek, hoe de rechter artt. 1401 vlg. B. W. heeft toegepast.

Houdt men zich zoo nabij mogelijk aan de woorden der wet, dan komt men tot de volgende vereischten voor de toekenning der actie van artt. 1401 vlg.:

1°. er moet zijn *schade;*

2°. die schade moet zijn *toegebracht*, *veroorzaakt* door eene

daad (waarmede *nalatigheid* of *onvoorzichtigheid* wordt gelijkgesteld);

3°. die daad moet zijn *onrechtmatig;* terwijl

4°. de wet ook nog spreekt van *schuld.*

Reeds deze schijnbaar geheel onzijdige paraphrase der wet bevredigt niet alle hare uitleggers. Veel meer evenwel praejudiciëert de Amsterdamsche Rechtbank (vonnis II), waar zij de vereischten der actie aldus omschrijft:

„dat de daad verboden is door het stellige recht;

dat de schade door zoodanige onrechtmatige daad is veroorzaakt;

en dat hem, die schade door zulk een daad heeft veroorzaakt, de daad kan worden toegerekend."

Het gevoelen der Rechtbank over al deze punten te vernemen, is zeer belangwekkend, vooral in verband met een feit, waarop straks valt te wijzen. Doch de Rechtbank had zich gevoegelijk van het uitspreken daarvan kunnen onthouden, waar, blijkens haar eigen vonnis, de beslissing van het onderhavig geval uitsluitend afhing van één vereischte, namelijk van het causaal verband tusschen daad en schade.

De eischer verwijt den eerste gedaagde — laten wij hem A. noemen — dat hij, door onvoorzichtigheid, petroleum heeft gebracht in de havenplaats, waardoor het later gevolgde werpen van sintels in het water zoo ernstige gevolgen heeft gehad; der Gedaagde B. verwijt hij, dat deze de sintels heeft geworpen en verder dat zij, als beheerderes der haven, niet ervoor heeft gezorgd, dat daar geen brandende vloeistof in plaats van water aanwezig was. Gedaagde A. antwoordt, dat hij bij het lossen en schoonmaken van zijn schip niet onvoorzichtig is te werk gegaan en dat in zijne handelingen niets onrechtmatigs is gelegen; doch vooral betwist hij, dat de schade zou zijn veroorzaakt doordat er petroleum op het water dreef: de onmiddellijke oorzaak van den brand zoekt hij in het werpen van asch en sintels in het water. Gedaagde B. ontkent, dat personeel in haar dienst heete sintels in de haven heeft geworpen of daarin heeft laten vallen; doch al

ware dit anders, dan nog ontkent zij, dat daarin de oorzaak van den brand zou zijn gelegen.

Over de feiten zijn partijen het dus niet eens; evenmin over het rechtmatig of onrechtmatig karakter daarvan. De Rechtbank laat echter beide punten ter zijde. Zij legt geen bewijs op omtrent de feiten; zij spreekt zich ook niet uit over het al of niet onrechtmatige der beweerde handelingen. Zij bepaalt zich tot de vraag: aangenomen dat de feiten zijn, gelijk Eischer ze stelt, aangenomen verder, dat de gepleegde daden onrechtmatig moeten genoemd worden, is dan de schade als gevolg te beschouwen van die daden? Aan 's rechters onderzoek van deze vraag danken wij de volgende overwegingen:

„O. dat ons gansche recht uitgaat van het beginsel, dat niemand verantwoordelijk is voor de daden van anderen;

dat dit blijkt, zoowel uit het feit, dat de wetgever het tegenovergestelde uitdrukkelijk bepaalt, telkenmale, wanneer hij om redenen van algemeen belang zich verplicht ziet van dit beginsel af te wijken, en welke uitzonderingen alzoo den regel bevestigen; als uit de stellige bepalingen van art. 1401 en 1402 B. W. die duidelijk er op wijzen, dat de schade het rechtstreeksch gevolg moet zijn der onrechtmatige daad;

dat derhalve slechts hij alleen door wiens toerekenbare onrechtmatige daad onmiddellijke en dadelijke schade is veroorzaakt, die moet vergoeden;

dat bijgevolg al ware bewezen, dat de 1e ged. in strijd met de wet of eene wettelijke verordening petroleum had laten vloeien in het water en wel in die mate als eischer stelt, de daad van dezen ged. niet zou kunnen gezegd worden, de rechtstreeksche oorzaak te zijn van de schade den eischer overkomen;

dat aangenomen al, dat de beweerde handeling van den 1sten ged. van dien aard is, dat naar aanleiding daarvan de geposeerde onrechtmatige daad van de 2de ged. het gestelde onheil heeft veroorzaakt, zulks echter niets ter zake doet, daar de wet niemand tot schadevergoeding verplicht, naar aanleiding van wiens daad, door een ander, voor wien men niet verantwoordelijk is, schade is toegebracht;

dat nu bij pleidooi door den raadsman des eischers wel is beweerd, dat de 1ste ged. in elk geval moet beschouwd worden de petroleum onder zich te hebben en hij dus verantwoordelijk is voor alle ontstane schade, onverschillig of die voorzien had kunnen worden al dan niet, maar dat deze bewering op zich zelve niets ter zake doet, zoo daarbij niet tevens bewezen is, wat niet is geschied,

dat de schade het rechtstreeksch gevolg is van de bedoelde zaak;

O. alzoo, dat al waren de gestelde feiten bewezen de 1ste ged. toch niet zou kunnen worden veroordeeld tot hetgeen waartoe eischer concludeert;

dat onder deze omstandigheden elk getuigenbewijs kan voorbijgegaan en een nader onderzoek omtrent de toerekenbaarheid van de 2de ged. aan den geposeerden brand en hare verplichting tot vergoeding van de daardoor beweerde veroorzaakte schade en al wat daarop verder betrekking heeft kan worden achterwege gelaten;"

De laatste zinsnede — eene „overweging" kan ze nauwelijks heeten — maakt een vreemdsoortigen indruk. Dat de rechter een nader onderzoek achterwege *kan* laten, is zeker waar. Maar waarom hij het in dit geval *mocht* doen, daarover zwijgt het vonnis volkomen. Wat kan de Rechtbank hebben weerhouden, na te gaan, of de handelingen van gedaagde B. als oorzaak van den brand zijn aan te merken? Uit de stelling, dat A. de oorzaak niet is, volgt toch waarlijk niet, dat B. het ook niet is! Evenwel, al blijven de gronden voor ons verborgen, de Rechtbank is toch blijkbaar tot de slotsom gekomen, dat de handeling van B. niet als oorzaak der schade is te beschouwen. Dat die van A. niet als „rechtstreeksche [1]) oorzaak" is aan te merken, zegt de Rechtbank uitdrukkelijk. Doch, waar ligt de oorzaak dan wèl? De schade is toch ontstaan — in die onderstelling spreekt de Rechtbank en spreken wij — door den samenloop van twee onrechtmatige daden, het storten van petroleum in het vaarwater, en het werpen van vuur in de petroleum, zonder andere bijkomende omstandigheid dan de gewone, aan iedereen bekende werking der natuurwetten.

Het geval, dat ons bezighoudt, geeft voor het leerstuk van den causalen samenhang een voorbeeld, zoo uitnemend geschikt als de school het nauwelijks had kunnen bedenken; ware het nog noodig, een nieuw bewijs voor de stelling,

---

[1]) De bijvoeging van „rechtstreeksch", die in het vonnis telkens voorkomt, schijnt vrij wel overbodig, evenals de adjectieven *onmiddellijke* en *dadelijke* (schade). De wet verlangt niets meer, dan dat de schade *door* de daad zij *toegebracht*, *veroorzaakt*.

dat bestudeering der rechtspraak voor de theorie een der beste middelen is om den rijkdom van het rechtsleven te leeren kennen [1]). Of de Rechtbank zich ten volle bewust was, dat zij eene beslissing had te geven omtrent een der moeielijkste problemen, die in de rechtswetenschap, of liever in de wetenschap in het algemeen, worden aangetroffen, een probleem dat zich hier voordeed in een zoo interessanten vorm, als de practijk slechts hoogst zelden te zien geeft?

Eene opzettelijke uitspraak omtrent de beteekenis van *oorzaak* en *gevolg* in rechte vindt men in het vonnis niet. Toch kiest de Rechtbank partij in den strijd [2]). Zij gaat niet mede met de leer van hen, „die de geheele onderscheiding tusschen *oorzaak* en *voorwaarde* of *aanleiding* verwerpen, en aannemen, dat iedere handeling, die eene *Bedingung* voor een gevolg vormt, ook als de oorzaak daarvan mag worden aangenomen." Wie toch deze leer huldigt, stelt geen nader onderzoek in naar het causaalverband, maar houdt zich alleen bezig met de schuldvraag. Wij zagen het, dit is niet het standpunt der Rechtbank. Zij houdt veeleer vast aan „het onderscheid tusschen *Bedingung* en *Ursache*, en neemt aan, dat uit de reeks van *voorwaarden*, die het gevolg bepalen, *eene* moet worden op den voorgrond gesteld, die tot oorzaak mag worden verheven."

Moet men, van deze praemis uitgaande, met de Rechtbank komen tot de conclusie, dat noch A. noch B. aansprakelijk is? Mij dunkt, dat er ook plaats is voor eene andere beschouwing.

Vóór de handeling van A. lag de *Norman Prince* in eene

---

[1]) Over de vruchtbare wisselwerking, die rechtspraak en wetenschap op elkaar kunnen oefenen, vgl. v. Boneval Faure, *over de kritiek der jurisprudentie*, in *N. Rechtsg. Bijblad*, 14, bl. 139 vlg. Zie ook Molengraaff, *Rechtsg. Mag.*, 8 (1889), bl. 37.

[2]) Zie daarover Simons, *Rechtsg. Mag.*, 5 (1886), bl. 147—152, en de daar aangehaalde schrijvers, waarbij thans o.a. nog te voegen: v. Liszt, *Lehrb. d. deutschen Strafrechts*, 3e. Aufl., § 28, en Merkel, *Lehrb. d. deutschen Strafrechts*, §§ 37—40.

veilige haven. Door de onrechtmatige daad van A. wordt die ligplaats onveilig: het schip is omringd door eene uiterst brandbare vloeistof, die door tal van oorzaken in brand kan geraken. In plaats van een schip, dat geen gevaar loopt, heeft de Eischer een schip, dat zich in eene gevaarlijke positie bevindt. Zijn vermogen is verminderd; hem is schade berokkend. A. moet die vergoeden. — Nu komt B. met zijne sintels. Opnieuw wordt de Eischer in zijn vermogen aangetast. In plaats van een schip, dat voortdurend brand heeft te vreezen, bezit hij nu een schip dat door vlammen is omgeven, dat gedeeltelijk door het vuur wordt vernield. De nieuwe waardevermindering, die het schip ondergaat, zal door B. moeten worden vergoed.

Wellicht zal men tegenwerpen, dat de door A. toegebrachte schade onmeetbaar is. Dan zou, volgens de hier gevoerde redeneering, de geheele schade op B. neerkomen. Daarbij zou nog de vraag rijzen, of B. een deel der schade kan afwentelen op A., hetzij door later eene regresvordering tegen dezen in te stellen, of door den rechter te vragen hem reeds dadelijk slechts tot een gedeelte en A. tot het overige te veroordeelen. Met het oog op plaatsen als l. 71 pr. D. de fidej. (XXXXVI, 1) is het vermoeden gewettigd, dat een Romeinsch jurist de laatstgenoemde, kortste oplossing zou hebben gekozen.

Wellicht zijn er nog andere wegen, langs welke men tot de constructie der aansprakelijkheid van A. en B. kan komen. Dat de billijkheid deze vordert — ondersteld altijd dat de feiten zijn bewezen en dat hunne onrechtmatigheid vaststaat — schijnt mij moeielijk voor betwisting vatbaar. Het rechtsgevoel blijft onbevredigd, wanneer de Eischer de schade moet dragen, de eischer, die aan het geheele voorval onschuldig is, wien de Gedaagden met alle hun ten dienste staande scherpzinnigheid niets weten te verwijten!

Doch, zoo vraagt misschien een nauwgezet jurist, hoe te bepalen, welk aandeel A., welk B. in de schade zal betalen? Reeds bij eene andere gelegenheid — zie *Rechtsgel. Mag.*, 8

(1889), bl. 405 — wees ik er op, dat bij de toemeting der schadevergoeding de uiterste nauwkeurigheid niet altijd is te bereiken. De rechter zal ook ten onzent mogen doen, wat CPrO. § 260 zijn Duitschen ambtgenoot uitdrukkelijk voorschrijft: „entscheiden unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung."

Laat ons thans zien, of elders bouwstoffen zijn te vinden voor de beslissing in ons geval. Werpen wij daartoe een blik 1°. op het Romeinsche Recht, 2°. op enkele nieuwere wetgevingen, 3°. op de Fransche rechtspraak. Wij zullen daar beslissingen ontmoeten over gevallen, die wel niet geheel met het onze overeenkomen, maar toch analogie daarmede vertoonen.

1°. Het Romeinsche recht.

Over schade, toegebracht door onrechtmatige daden van meer dan één persoon, spreken de Pandekten vooral in l. 11 §§ 2, 3; l. 15 § 1; l. 51 pr. §§ 1, 2 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Waar allen te zamen handelen, geldt l. 11 § 2: „Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait" (zie ook l. 51 § 1 D. eod.). Anders wanneer de verschillende personen achtereenvolgens en onafhankelijk van elkaar werkzaam zijn. Daaromtrent zegt Ulpianus (l. 11 § 3 D. eod.): „Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius" (zie ook l. 15 § 1 D. eod.). De eerste is dus aansprakelijk wegens verwonding, daar hij een gezonden slaaf in een gekwetsten heeft veranderd, de tweede wegens doodslag, omdat hij van een gekwetsten slaaf een dooden gemaakt heeft. Soortgelijke casuspositie bespreekt Julianus in l. 51 pr. en § 2 D. eod.; hij stelt echter den doodslag op rekening van beiden. Of dit verschil in de beslissing in verband

staat met een andere nuanceering der feiten [1]), of alleen is toe te schrijven aan een afwijkend gevoelen van Julianus — kunnen wij hier in het midden laten. Voor ons is het van belang te constateeren, dat al de aangehaalde plaatsen hierin overeenstemmen, dat zij beide bewerkers der schade aansprakelijk stellen. Merkwaardig zijn verder de woorden, waarmede Julianus bezwaren onderdrukt, die de nadere uitwerking van zijne leer doet oprijzen: in l. 51 § 2 zegt hij: „Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet *longe absurdius* constitui neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur".

2°. Eenige nieuwere wetgevingen.

Noch de Code civil noch ons Burgerlijk Wetboek bevatten bijzondere bepalingen over schade, veroorzaakt door de werkzaamheid van meer dan één persoon. Zoodanige voorschriften komen daarentegen wèl voor in ettelijke andere wetboeken. Sommige voorzien alleen het geval, dat de werkzaamheid der verschillende personen eene gemeenschappelijke is (Ital. Burg. Wetb. art. 1156, Zwits. Oblig. Recht art. 60). Andere denken ook aan de mogelijkheid, dat ieders aandeel in het bedrijf niet juist is aan te wijzen, of dat de schade te wijten is aan achtereenvolgende handelingen (zie o. a. Pruis. Landrecht I 6 § 32, Oostenr. Burg. Wetb. § 1302, Saks. Burg. Wetb. § 1495). Bijzondere vermelding verdient § 714 van het Ontw. Burg. Wetb. v. h. Duitsche Rijk, ontleend aan art. 218 Dresdener Ontwerp: „Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Thäter oder Gehülfen, einen Schaden verschuldet, so haften sie als Gesammtschuldner. Das Gleiche gilt, wenn im Falle eines von Mehreren verschuldeten Schadens von den Mehreren nicht gemeinsam gehandelt, der Antheil des Einzelnen an dem

[1]) Dit is de meening van Vangerow, *Pandekten*, 3, § 681 Anm. 2 en van Grüber, *the roman law of damage to property*, Oxford 1886, blz. 164 vlg. Zie verder Pernice, *zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar 1867, blz. 179 vlg.

Schaden aber nicht zu ermitteln ist.“ Al is, blijkens de *Motive* (II, bl. 738), deze § voornamelijk geschreven met het oog op den *Raufhandel* — art. 306 van ons Strafwetboek, — toch zou zij ook in ons geval tot solidaire veroordeeling van beide Gedaagden moeten leiden.

3°. De Fransche rechtspraak.

Deze heeft voor ons meer bewijskracht dan het tot dusver aangevoerde materiaal, omdat zij is gebaseerd op dezelfde wetsbepaling, die richtsnoer is voor onzen rechter. In eene aanteekening bij Dalloz (*Rec. pér.*, 1886, II, bl. 133) leest men: „la jurisprudence décide que la solidarité doit être prononcée pour les dommages-intérêts alloués en réparation d'un quasi-délit, lorsque le préjudice occasionné par la faute successive ou simultanée de plusieurs personnes est indivisible, soit qu'il résulte tout entier de la faute de chacun des coauteurs qui ont commis des actes identiques, soit que la part prise par chacun aux actes qui ont engendré le dommage ne puisse être déterminée“. Die „préjudice indivisible occasionné par la faute successive de plusieurs personnes“ is juist wat wij bespreken. Doch geeft die algemeene uitspraak van den verzamelaar de concrete beslissingen juist weder? Laat ons zien. Het arrest, waarbij de bedoelde noot is gevoegd, hoe belangwekkend op zich zelf, is voor ons doel minder geschikt. Bij een nationaal feest reden eenige heeren door de stad, op hoogst onvoorzichtige wijze alom vuurpijlen en zevenklappers werpend; een dezer projectielen beroofde een tweejarig kind van het rechteroog. Hoewel vaststond, uit wiens hand juist dit noodlottig werptuig afkomstig was, veroordeelde het Hof van Riom (Arrest 12 Jan. 1885, t. a. p.) allen solidair. Doch hier was er eene *gemeenschappelijke* handeling, eene voorafgaande afspraak, *une faute commune.*

Eenigszins anders was de zaak, waarin de Rechtbank der Seine op 8 Febr. 1887 (*Pand. Franç.*, 1887, II, bl. 189) vonnis wees. Bij gelegenheid van een vuurwerk, afgestoken van wege de Gemeente Parijs, op de Place de la Nation

aldaar, geraakte eene bergplaats van fourage in brand; dit gebouw werd getroffen door een vuurpijl, die, onvoorzichtig opgelaten, ter zijde afweek en in niet uitgedoofden toestand weder den bodem bereikte. De rechter stelde het ongeluk op rekening van de *faute*, zoowel van den ondernemer van het vuurwerk, die de regels zijner kunst niet voldoende had in acht genomen, als van de Gemeente, die meer voorzorgen had moeten aanwenden om de naburige perceelen te beschermen of op dergelijke plaats geen vuurwerk had mogen doen afsteken. Wegens deze *faute complexe* veroordeeling van beide gedaagden tot vergoeding der geheele schade. Maar „attendu que les deux défendeurs prétendent respectivement exercer un recours l'un contre l'autre; que chacun d'eux étant reconnu personnellement en faute, le principe du recours doit être admis et a pour conséquence entre eux un partage de la responsabilité" — bepaalde de Rechtbank tevens, welk aandeel in de schadevergoeding elk der gedaagden definitief zou hebben te dragen. Vooral het laatste gedeelte maakt de beslissing voor ons belangrijk.

Nog nader aan ons geval grenzen de beide volgende rechterlijke uitspraken:

Hof van Cassatie 11 Juli 1826 (Dalloz, *Répertoire*, in v^e^. *Responsabilité*, n°. 250). Iemand beklaagt er zich over, dat aan zijne eigendommen schade is toegebracht door de uitdampingen van eenige naburige fabrieken en dagvaardt de ondernemers tot vergoeding daarvan. Het Hof te Aix beslist, dat de schade vergroot wordt door, of wel alleen het gevolg is van de *vereeniging* der dampen van de verschillende fabrieken, en veroordeelt de Gedaagden solidair. De voorziening in cassatie wordt verworpen: „Het Hof moest noodzakelijk ieder voor het geheel veroordeelen, omdat het verklaarde onmogelijk de verhouding te kunnen bepalen, waarin elke fabriek vergoeding schuldig is" [1]).

---

[1]) Zie ook Hof van Cassatie 3 Mei 1827 bij Dalloz, *Répertoire*, in ve. *Manufactures* n°. 177, en in eene dergelijke zaak Arrest van het Hof

Hof van Cassatie 11 Juli 1881 (Dalloz, *Rec. pér.*, 1883, I, bl. 37). De echtelieden C. zijn gehuwd buiten gemeenschap van goederen; bij huwelijksche voorwaarden is bepaald, dat de vrouw, behoorlijk geautoriseerd, bevoegd zal zijn, de door haar aangebrachte goederen te verkoopen, echter onder deze voorwaarde, dat de opbrengst altijd zal moeten worden belegd in onroerende goederen of in andere waarden, in het huwelijkscontract speciaal vermeld, terwijl voor deze wederbelegging de koopers der bedoelde goederen aansprakelijk zullen zijn. Bij notariëele akte machtigt Mevrouw C. den bankier X. eene haar toekomende inschrijving op het Grootboek te vervreemden; de akte verwijst naar de bepaling van het huwelijkscontract, die de vrouw bevoegd verklaart, doch verzuimt melding te maken van de daarbij gevoegde clausule. De inschrijving wordt ter Beurze verkocht en de bankier gebruikt de opbrengst om zich te dekken voor eene aanzienlijke vordering, die hem tegenover den echtgenoot der dame, den Heer C., toekomt. Mevrouw C. spreekt nu den notaris aan tot schadevergoeding, omdat hij verzuimd heeft de clausule in zijne akte op te nemen. De notaris op zijne beurt zoekt verhaal op den bankier, die de clausule evenzeer kende of moest kennen; eerst ten gevolge van *uw* verzuim, zoo zegt hij tot den bankier, heeft *mijne* fout de schade te weeg gebracht. Het Hof van Appèl te Dijon veroordeelt den notaris tot vergoeding der schade aan Mevrouw C., doch geeft hem tevens verhaal voor het geheel op den bankier, omdat deze alleen zich het geld heeft toegeëigend. De hoogste rechter eindelijk bevestigt deze uitspraak, constateert echter nog eens uitdrukkelijk, dat eerst door den samenloop der *faute* van notaris en bankier de schade is ontstaan. Eene eigenaardige schakeering is hier, dat door de gewraakte onrechtmatige daden een der daders is verrijkt; vandaar dat alleen hij definitief is veroordeeld. Als beginsel

te Aix 19 Nov. 1878 (Dalloz, *Rec. pér.*, 1879, II, bl. 219). — Van de schrijvers vergelijke men o. a. Laurent, *Principes*, 20, nrs. 541 vlg. en Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 1, nrs. 704 vlg.

is echter uitgemaakt: „la responsabilité encourue par l'auteur d'une faute ne le rend pas non recevable à recourir en garantie contre celui qui, par une autre faute, a seul rendu la première dommageable". En, gelijk de redacteur, van wien deze samenvatting afkomstig is, terecht erbij voegt: „cette décision ne viole aucunément le principe de la personnalité des fautes. En effet, ce n'est pas contre sa propre faute que le notaire négligent réclame une garantie; car, sans le fait du créancier du mari, il n'eût eu besoin d'aucune espèce de recours."

De laatste woorden zouden als noot kunnen dienen op ons Amsterdamsche vonnis, wanneer het ware gewezen in tegenovergestelden zin, dan inderdaad het geval is! Nu mogen zij strekken tot wederlegging van de motieven dezer uitspraak, die, gelijk wij trachtten aan te wijzen, strijdt met eene om zoo te zeggen internationale rechtsovertuiging. Waar de wet geene overwegende bezwaren in den weg legt aan de beslissing, die het rechtsgevoel verlangt; waar zij integendeel, bij juiste ontleding, daarmede in overeenstemming is, daar had de Rechtbank, op het voetspoor der Fransche jurisprudentie, kunnen en moeten heenstappen over de moeilijkheid van de toemeting der schadevergoeding, om het „longe absurdius" van den Romeinschen jurist te vermijden.

Een tweede vereischte der actie van art. 1401 B. W., dat op zeer verschillende wijze wordt opgevat, is het „onrechtmatige" der gepleegde daad. De Amsterdamsche Rechtbank omschrijft dit in vonnis II aldus: „dat de daad verboden is door het stellige recht", en verder in deze woorden: „dat bij gevolg, al ware bewezen, dat de 1ste ged. *in strijd met de wet of eene wettelijke verordening* petroleum had laten vloeien ...." Voorzeker de engst mogelijke uitlegging der woorden *onrechtmatige daad!* Drie maanden vroeger, bij vonnis I, gaf dezelfde Rechtbank en Kamer — trouwens gedeeltelijk met andere rechters bezet — eene lijnrecht tegenovergestelde uitspraak! „Met de uitdrukking *onrechtmatige*

daad bestempelt de wet een daad tegen de gewone orde van zaken indruischende .... eene onregelmatige handelwijze" — ziedaar de leer van *dit* vonnis. Ruimer opvatting is nauwelijks denkbaar. Vooral in verband met de zienswijze der Rechtbank omtrent de *schuld*, waarover wij straks nader spreken, kan deze interpretatie tot bedenkelijke gevolgen leiden. Voorzichtiger drukt zich de Haagsche Rechtbank uit (vonnis III): „dat door de bepalingen van de artt. 1401 en vlg. B. W. de wet een rechtsplicht heeft geschapen voor een ieder tegen een ieder, en wel om binnen de grenzen van eigen recht, die zorg en voorzichtigheid in acht te nemen, waardoor schade voor een ander kan worden voorkomen". In een onderzoek der quaestie zelve wensch ik mij thans niet te begeven. Zij is, weinige jaren geleden, te dezer plaatse door mijn vriend Molengraaff opzettelijk behandeld (*Rechtsgel. Mag.*, 6, 1887, bl. 384 vlg.). Alleen wilde ik wijzen op het merkwaardig verschil tusschen de twee bijna gelijktijdige beslissingen van hetzelfde rechtscollege. Van de manier, waarop de Kamer der Rechtbank toevallig is samengesteld, hangt het dus af, of men zegeviert in eene actie, die op het ruime begrip van onrechtmatige daad is gegrond! Zoolang art. 1401 onveranderd blijft gelden, zal deze quaestie wel niet uit de wereld raken, en men kan het den rechters niet kwalijk nemen, dat zij er verschillend over denken. Maar wèl past de vraag, of in vonnis II de Rechtbank niet over de controverse had kunnen zwijgen, daar ze tot de beslissing der zaak niets afdeed. Stelt men toch in de plaats van de door ons aangehaalde passages uit het vonnis eenvoudig de woorden der wet „dat de daad onrechtmatig zij", dan wordt het verband volstrekt niet verbroken of gestoord.

Eindelijk spreekt de wet van „schuld". Wat is schuld en hoe staat het ten aanzien daarvan met den bewijslast? Het is speciaal de laatste vraag, die in vonnis I wordt behandeld. Alvorens ze te bespreken dienen wij, kortelijk althans, ons bezig te houden met het begrip *schuld*. Raadpleegt men de

schrijvers, dan heeft het den schijn, alsof daaromtrent eene hopelooze verscheidenheid van meeningen bestaat.

Sommigen beschouwen schuld als een eigenaardig, zelfstandig vereischte, onafhankelijk van de onrechtmatigheid der daad. „De toerekenbaarheid, niet het onrechtmatige der handeling ligt erin", zegt Opzoomer (6, bl. 318). Volgens deze leer kan er onrechtmatige daad zijn zonder schuld, en omgekeerd kan men ook bij rechtmatige daden van schuld spreken.

Aan den anderen kant ontmoet men verschillende rechtsgeleerden, die *schuld* met de *onrechtmatigheid* der handeling tot één vereischte doen samenvloeien. Aldus o. a. Belinfante in zijne bekende *Themis*-artikelen (1865 en 1869) en Molengraaff, t. a. p. „De rechter overwege den zedelijken aanblik waarin de daad zich vertoont", zegt Belinfante, *Themis* 1869, bl. 287. Volgens deze schrijvers heeft *schuld* dezelfde beteekenis, die bijv. Marcadé toekent aan het Fransche *faute*, nam. dat de daad moet zijn „répréhensible, c'est-à-dire illicite et imputable tout à la fois". Ondanks den ophef, dien men indertijd over de invoeging van het woord *onrechtmatig* heeft gemaakt, zien zij geen verschil tusschen het Fransche en ons artikel. Naast *schuld* achten zij het woord *onrechtmatig* overbodig. Zij stellen voor de actie slechts één eisch, dat de dader „anders heeft gehandeld dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen" (Molengraaff, t. a. p., bl. 386).

Een eigen weg bewandelt Diephuis, die, getrouw aan de woorden der wet, *onrechtmatig* en *schuld* als twee requisiten vermeldt, doch aan het begrip *schuld* eene zoo zwakke beteekenis hecht, dat hij ook kinderen en krankzinnigen voor de door hen toegebrachte schade aansprakelijk stelt.

De wetgever is niet vrij te pleiten van het verwijt, dat hij, het woord *onrechtmatig* in het artikel opnemende, verzuimd heeft zich de vraag te stellen, of naast deze wijziging

het Fransche *faute* wel eenvoudig door *schuld* mocht worden vertaald. Hinc illae lacrimae!

Gelukkig loopen in de toepassing de meeningen niet zóó ver uiteen als het in theorie schijnt. Althans wanneer men de onrechtmatige daden, door jeugdige personen en door krankzinnigen gepleegd, ter zijde laat. Allen zijn het daarover eens, dat de daad, zal zij tot schadevergoeding verplichten, uit tweeërlei oogpunt afkeurenswaardig moet zijn: objectief en subjectief. De daad moet, objectief beschouwd, strijden met de wet — of met de regelmatige maatschappelijke orde van zaken — en, subjectief bezien, moet zij den dader kunnen worden verweten. Wanneer een ambtenaar, in de uitoefening van zijn ambtsplicht op straat loopend, door een stormwind wordt opgenomen en geslingerd in een porseleinwinkel, waar hij in het breekbaar materiaal schade aanricht — dan is er toch niemand, die aansprakelijkheid wil aannemen. Waar toeval of overmacht bestaat, daar wil niemand tot schadevergoeding verplichten. Door sommigen wordt beweerd, dat hier in het geheel niet van onrechtmatige daad sprake kan zijn. Doch dit is meer een verschil in terminologie, dan in het wezen der zaak. Allen erkennen dat hetzelfde feit nu eens wèl, dan weder niet tot schadevergoeding verplicht, naarmate den dader van de handeling al of niet een verwijt kan worden gemaakt. Waarom zou men nu niet, in het burgerlijk recht evengoed als in het strafrecht, die twee zijden der handeling, de objectieve en de subjectieve, met verschillende namen mogen aanduiden?

Stond het altijd vast, òf toeval aanwezig is, òf wel den dader een verwijt treft, dan ware er op dit punt weinig aanleiding tot processen. Doch veelal heerscht juist daarover onzekerheid [1]). Dan rijst de vraag: wie moet bewijzen? Moet de beschadigde aantoonen, dat den dader iets kan worden verweten, of moet deze omgekeerd het bewijs leveren, dat

[1]) De strafrechtspraktijk levert daarvan menigvuldige voorbeelden. Een uit vele vindt men in *Pal. van Just.*, 1888, n°. 60 (Rechtb. Groningen).

een toeval, waarvoor men hem niet verantwoordelijk kan stellen, bij zijne daad in het spel was? Eene opzettelijke bepaling komt in de wet niet voor. De algemeene beginselen over de verdeeling van den bewijslast moeten dus beslissen. Laat ons zien, op welke wijze de Nederlandsche jurisprudentie deze toepast.

Alle rechterlijke uitspraken na te gaan, waarin onze vraag, hetzij opzettelijk of in het voorbijgaan, wordt beantwoord, is niet wel doenlijk. De grenzen, aan eene critische bespreking als deze gesteld, werden dan verre overschreden. Wij bepalen ons daarom tot eenige der belangrijkste beslissingen [1]).

In April 1860 voer eene stoomboot der Kon. Ned. Stoomboot-Maatsch^ij^. tegen havenwerken te Nieuwediep en beschadigde deze — men ziet, een geval geheel gelijksoortig aan het onze. De Directeur der marine eischte schadevergoeding. Vandaar eene procedure in drie instantiën. De Rechtbank te Amsterdam (8 Mei 1861, *W.* 2440) besliste „dat de *culpa* tot grondslag van den eisch behoort en daarvan het noodwendig gevolg is, dat hij, die vergoeding vraagt van eenige door schuld of onvoorzigtigheid toegebragte schade, het bewijs dier schuld moet leveren", dat dit bewijs niet was geleverd en dus de vordering niet kon worden toegewezen. De eischer appelleerde, en met gunstigen uitslag. Het Pro-

[1]) Sommige overigens ter zake dienende uitspraken missen de noodige scherpte en nauwkeurigheid van uitdrukking, en zijn daarom voor ons doel niet bruikbaar. Zoo overweegt het Hof te Amsterdam (Arrest 10 Jan. 1890, *W.* 5826; *P. v. J.* 1890, n⁰. 12 en nog eens in n⁰. 42), „dat app. zijne vordering had moeten doen steunen op artt. 1401 en vlg. B. W., maar dan ook schuld *of* onrechtmatige daad van geïnt. of hare onderhoorigen had moeten stellen en aantoonen". Het door ons gecursiveerde *of* zonder nadere toelichting laat ons in twijfel over de meening van het Hof aangaande art. 1401. — Overigens geeft dit Arrest aanleiding tot de gewichtige vraag, of de oude regel voor de werkzaamheid des rechters: *da mihi factum*, *dabo tibi jus*, ook nog geldt in ons recht, en zoo ja, of hij door de rechtspraak wel altijd voldoende in het oog wordt gehouden. Treffend juist acht ik hierover de overweging ad Ium. in het vonnis der Amsterdamsche Rechtbank van 14 Jan. 1890 (*Pal. van Just.*, 1890, n°. 62).

vinciaal Gerechtshof in Noord-Holland wees een arrest (9 Oct. 1862, *W.* 2442), dat tot de meest principiëele over ons vraagstuk behoort. Het Hof overwoog:

„dat art. 1401 .... niet, zooals door den eersten regter niet juist is begrepen, hem, die vergoeding eischt, de verpligting oplegt, om, behalve de toegebragte schade, het onregtmatige van de daad en de schuld van den dader te bewijzen;

dat dit art. wel eischt, dat de daad zij onregtmatig; doch dat deze uitdrukking geene andere strekking heeft dan om op te heffen den twijfel, waartoe de algemeenheid der bewoording van art. 1382 C. N.: *tout fait quelconque* aanleiding gaf, of namelijk het toebrengen van schade *per se*, om het even of de dader al of niet tot de handeling geregtigd was, grond tot eene schadevordering opleverde, terwijl de woorden in hetzelfde art. van het B. W.: „door wiens schuld" niets anders beteekenen dan eene aanwijzing van den persoon, die tot de vergoeding verpligt is; dat alzoo de bewoording van art. 1401 B. W. in het midden laat de vraag, wie gehouden is, het al of niet regtmatige, alsmede het bestaan of niet-bestaan van schuld, te bewijzen;

dat, vermits, naar den regel, niemand het regt heeft den persoon of de goederen van een ander te beschadigen, alzoo het feit zelf dier beschadiging te beschouwen is als eene onregtmatige daad, tevens het vermoeden van schuld bij den dader medebrengende, welke dezen tot vergoeding verpligt, wanneer hij niet aantoont, dat hij het regt had tot de daad, of dat het feit, buiten zijn schuld, door overmagt is veroorzaakt."

De geïntimeerde reeder moest dus de niet-schuld van den kapitein bewijzen. Subsidiair had hij beweerd, dit bewijs te hebben geleverd. Het Hof achtte niet alleen deze poging niet gelukt, maar oordeelde zelfs, dat uit het door geïnt. aangevoerde het bewijs zijner eigen schuld resulteerde. De Stoomboot-Maatschappij kwam in cassatie. Het stelsel van het Hof bestempelde zij als „miskenning van letter, geest en geschiedenis der wetgeving op het stuk van onrechtmatige daad, interversie van bewijslast en schepping van bij de wet onbekende wettelijke vermoedens". De Hooge Raad (Arrest 18 Maart 1864, *W.* 2574) achtte het cassatiemiddel ongegrond, daar immers het Hof de schuld als bewezen had aangenomen; in een onderzoek der quaestie zelve trad derhalve de Hooge Raad ditmaal niet. Doch — gelijk werd aangetoond

door den Advocaat-Generaal Gregory, die in zijne belangrijke conclusie aan het Arrest voorafgaande de leer van het Hof bestreed [1]) —, reeds meermalen was eene beslissing van het hoogste rechtscollege gevallen, in tegengestelden zin als die van het Hof.

Met name, en zelfs in krasse termen, was de leer van het Hof afgekeurd bij Arr. H. R. 7 Nov. 1850 (*W.* 1218). De Hooge Raad achtte toen art. 1902 B. W. geschonden, doordien bij het beklaagde arrest (van het Hof in Zuid-Holland 28 Nov. 1849, *W.* 1082) „de last van bewijs der schuld of nalatigheid der verweerderesse niet is opgelegd aan den eischer, maar van de verweerderesse is gevorderd, dat zij moest bewijzen, dat de geledene schade niet aan hare schuld of nalatigheid, maar aan een casus fortuitus moet worden geweten".

Bij Arrest van 9 Maart 1866, *W.* 2780 handhaafde de Hooge Raad het door hem ingenomen standpunt, waar hij overwoog „dat bij het beklaagde arrest (Hof Gelderland 14 Juni 1865, *W.* 2741) met juistheid is vooropgesteld, dat, tot toekenning van vergoeding van schade, veroorzaakt door aanvaring, overeenkomstig art. 1401 B. W. en de artt. 534 en volg. W. v. K., de schuld van den aanvarende moet zijn bewezen". Het Hof had nog opgemerkt „dat het bewijs van ondervonden schade niet voldoende is, om met grond tot vergoeding van schade tegen den dader te kunnen ageren, maar diens schuld regtens moet zijn bewezen".

Deze leer is door den Hoogen Raad nooit verlaten, al werd ze niet altijd in zoo algemeene bewoordingen en in zoo scherpe formuleering uitgesproken als in het arrest van 1850. Men zie o. a. de arresten van 22 Jan. 1869, *W.* 3084; 4 Maart 1870, *W.* 3191; 27 Juni 1884, *W.* 5056, enz. Telkens heet het: schuld, verzuim, nalatigheid moet door den eischer worden gesteld en bewezen.

---

[1]) Bij v. d. Honert, *B. R.*, dl. 28 (Léon citeert op art. 1401 B. W., n°. 7, verkeerdelijk dl. 27), bl. 413 vlg.

Terwijl in vele uitspraken der lagere rechtscolleges dezelfde zienswijze wordt gehuldigd, ontbreekt het ook niet aan beslissingen in geheel tegenovergestelden zin. Ons vonnis I met zijn merkwaardig betoog „dat uit eene onrechtmatige daad reeds van zelven de schuld als een vermoeden tegen den bedrijver voortvloeit", laten wij voorloopig ter zijde, om het straks nader ter sprake te brengen. De meening, dat op den Gedaagde het bewijs rust van niet-schuld of toeval is o. a. aangenomen bij de twee volgende vonnissen.

Rechtb. Amsterdam 9 Maart 1880, *W.* 4538. Een rijtuig, bestuurd door een knecht van Gedaagde, rijdt in de Gasthuismolensteeg te Amsterdam met zoodanige vaart tegen eene voor des Eischers woning staande meubelkar, dat de kar met een daarop geladen meubel in de winkelkast wordt geslingerd, deze vernielt en in de uitgestalde voorwerpen schromelijke verwoesting aanricht. Eischer beweert schuld van den voerman; gedaagde doet een beroep op overmacht. Vraag, wie moet bewijzen? De Rechtbank beslist... dat de woorden „door wiens schuld" in art. 1401 B. W. geene andere strekking hebben dan om den persoon aan te wijzen, tot vergoeding der schade verplicht — dezelfde redeneering, als in het hierboven aangehaalde Arrest van het Noord-Hollandsche Hof — „dat de beschadiging van des eischers goederen als eene onregtmatige daad te beschouwen is, zoodat op den ged..... de verpligting rust de geleden schade te vergoeden tenzij het ongeval, dat de schade veroorzaakte, het gevolg was van overmagt". Den gedaagde wordt toegestaan, die overmacht te bewijzen.

Niet minder absoluut spreekt de Rechtbank te Utrecht 2 Nov. 1887, *W.* 5493: „dat hier — het gold eene actie wegens oneerlijke concurrentie — gelijk in 't algemeen elke daad, die in strijd is met het recht en schade veroorzaakt, tot vergoeding dier schade verplicht, om 't even, of die daad het gevolg is van opzet, bedrog of bloot verzuim en die verplichting tegenover een normaal ontwikkeld man, is fusiori (lees: à fortiori) tegenover een koopman of fabrikant

in dezelfde soort van waren, alleen wordt opgeheven door het bewijs van overmacht of toeval".

Eindelijk is er eene derde categorie van uitspraken. Daarin wordt niet de algemeene stelling verkondigd, dat de bewijslast op den Gedaagde rust, maar, met erkenning van het beginsel dat de schuld door den eischer moet worden aangetoond, oordeelt de rechter, dat in het feit zelf de schuld reeds is opgesloten. Deze onderstelling, in sommige gevallen zeer aannemelijk, is in andere niets meer dan eene fictie, en leidt practisch tot hetzelfde resultaat als de leer van het Hof in Noord-Holland. Als voorbeelden citeer ik twee arresten van het Gerechtshof te Amsterdam.

Arrest 19 Februari 1886, *W*. 5268. Een rijtuig van Ged. is gereden tegen des Eischers kiosk, die daardoor is omvergeworpen en beschadigd. Het Hof beslist „dat alleen reeds in het feit, dat het paard met het rijtuig waarvoor de koetsier had te zorgen, tegen de kiosk is aangeloopen, de schuld van den koetsier ligt opgesloten". Het Hof houdt nadere aanduiding der nalatigheid voor overbodig.

Arrest 30 Juni 1887, *W*. 5515. Eischeresse beweert, dat de gemeente Alkmaar, bezig zijnde het Waaggebouw te restaureeren, daartegen een steiger heeft geplaatst; dat op zekeren dag een kesp of kolder van dien steiger is gevallen en haren echtgenoot, die zich in de nabijheid bevond, doodelijk heeft getroffen. Zij spreekt nu de gemeente aan tot schadevergoeding. De Alkmaarsche Rechtbank acht het voldoende, wanneer Eischeres bewijst „het vallen van het stuk hout van den steiger op haren man". De gedaagde appelleert en beklaagt zich erover, dat de bewijslast is omgekeerd; h. i. moest aan geïntimeerde mede het bewijs zijn opgelegd „dat het vallen van het stuk hout was veroorzaakt door de schuld des appellants". Het Hof bekrachtigt het vonnis der Rechtbank, en is van oordeel „dat bij zoodanige gebeurtenis, het vallen van eenig voorwerp van een steiger reeds op zich zelf het bewijs levert dat het was een gevolg van onvoorzichtigheid of nalatigheid van hen die op den steiger werkzaam waren, of

die met het toezicht daarover waren belast, weshalve van den daarvoor aansprakelijken persoon (*in casu* den app.) het bewijs van het tegendeel mag worden gevorderd".

Op het eerste gezicht zou men zeggen, dat eenheid van opvatting in de rechtspraak geheel ontbreekt. De meeningen schijnen lijnrecht tegenover elkander te staan. Toch geloof ik, dat elk der stelsels bruikbare elementen bevat, die duidelijker aan het licht zouden zijn getreden, wanneer niet de formuleering veel te wenschen overliet, wanneer men niet — telkens naar gelang van de concrete slotsom, waartoe men komen wil — algemeene regels stelde, welke in die algemeenheid onjuist zijn.

De wet zegt omtrent den bewijslast in dit geval niets. Volgens art. 1902 B. W. zal dus de eischer hebben te bewijzen al wat tot den grondslag van zijn eisch behoort. Naar aller oordeel valt daaronder ook de subjectieve onrechtmatigheid, de toerekenbaarheid, de laakbaarheid der handeling. Men moge het verschillend uitdrukken, over de zaak zelve is men het vrij wel eens. Het is niet voldoende te zeggen: Gij hebt mij overreden en dus moet gij mijne schade vergoeden. Neen, de basis der vordering is: Gij hebt mij overreden op zoodanige wijze, dat U daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Terecht houdt dus de Hooge Raad eraan vast, dat schuld moet worden gesteld en bewezen door den eischer [1]). Voor de leer, dat er een vermoeden van schuld bestaat, hetwelk de gedaagde alleen door bewijs zijner onschuld zou kunnen te niet doen, kan ik noch in de wet, noch in gangbare rechtsopvattingen steun vinden.

Doch stellen wij ons nu den loop der zaak practisch voor. De eischer moet de schuld bewijzen. Schuld, verzuim, na-

---

[1]) Het spraakgebruik der juristen is hiermede in overeenstemming. Men pleegt te zeggen, dat art. 1 der Spoorwegwet den bewijslast heeft „omgekeerd" (zie o. a. Arresten H. R. 29 April 1873, *W*. 3577 en 3 April 1890, *W*. 5856) en men pleegt op dezelfde „omkeering" aan te dringen met betrekking tot de aansprakelijkheid voor ongelukken, den arbeiders in fabrieken overkomen.

latigheid of onvoorzichtigheid is geen feit, dat vatbaar is voor direct bewijs. De eischer moet dus noemen waarneembare feiten, waaruit tot het aanwezig zijn van schuld, enz. mag worden besloten. Er zijn gevallen, waar een eenvoudig verhaal van het gebeurde reeds de schuld aantoont. Zoo, waar opzet in het spel is. A. geeft aan eenige vrienden het voornemen te kennen B. af te ranselen; dagen lang loert hij op B.; eindelijk voert hij zijn plan uit en slaat B. een blauw oog. Dat er schuld is, blijkt hier klaar als de dag.

Eene zoo groote mate van zekerheid is lang niet altijd bereikbaar. Wanneer echter de eischer feiten aanvoert, die het hoogst waarschijnlijk maken, dat er verzuim of schuld is bij Ged., dan zal de rechter zich daarmede tevreden stellen en schuld aannemen, aan den Ged. overlatend te bewijzen, dat het waarschijnlijke in dit geval niet waar is. Wanneer ik, over de markt wandelend, mijn weg neem door eene étalage van potten en glazen, dan is er eene hooge waarschijnlijkheid, dat mij het verwijt treft van onvoorzichtigheid, al kan ik misschien exceptioneele omstandigheden aanvoeren, die mij vrijpleiten. Eene redelijke verdeeling van den bewijslast brengt mede, dat men mij gedaagde het bewijs dier zeer bijzondere omstandigheden oplegt.

In een aantal gevallen evenwel is de bedoelde waarschijnlijkheid veel geringer. Volgens de ruimere opvatting van het begrip onrechtmatige daad valt daaronder bijv. het geven van onjuiste inlichtingen omtrent de soliditeit van handelshuizen, omtrent het gedrag van dienstboden, enz. (zie Laurent, 20, n^rs. 478 vlg.). Welnu, men kan onjuiste inlichtingen geven *met* schuld, maar even goed *zonder* schuld. Het gaat, dunkt mij, niet aan, te zeggen: Gij hebt mij verkeerd ingelicht, vergoed mijne schade, of bewijs uwe onschuld! De leer, dat schuld wordt vermoed [1]), of dat schuld = toedoen is, zou hier leiden tot onredelijke consequentiën. De rechter

[1]) Hoe rijmt men deze leer met art. 589 B. W.? De bezitter, die den eigenaar eene zaak onthoudt, pleegt, objectief bezien, onrecht tegenover dien eigenaar. Toch wordt zijne goede trouw ondersteld!

zal nadere feiten moeten verlangen, waaruit de schuld van den gedaagde blijkt.

Zooals de Hooge Raad opmerkte in zijn arrest van 11 Juni 1858, *W.* 1967, hebben wij hier te doen met een bewijs door vermoedens. De wetgever laat deze over (art. 1959 B. W.) „aan het oordeel en aan de voorzigtigheid van den regter, die echter op geene andere letten mag dan op die welke gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming zijn".

Gelijk in het algemeen art. 1401 eene groote ruimte van beweging geeft aan den rechter, zoo is hij ook vrij in de beoordeeling der vraag, uit welke feiten hij schuld meent te mogen afleiden. Doch hij verlieze daarbij de voorzichtigheid niet uit het oog, die de wet hem aanbeveelt. Naarmate de ruimere interpretatie van het begrip onrechtmatige daad veld wint — de vertoogen van Hamaker, Molengraaff, e. a. mogen de rechtspraak meer en meer van hare juistheid overtuigen! — des te meer moet op betrachting van des wetgevers wijzen raad worden aangedrongen. In iedere concrete zaak onderzoeke de rechter, of hij, op grond van vermoedens, tot het bestaan van schuld meent te mogen besluiten. De neiging is groot, om voor vaak voorkomende gevallen een algemeenen regel te scheppen. Zoo heet het „vaste jurisprudentie", dat bij aanvaring van een varend schip tegen een te bekwamer plaatse stilliggend, een vermoeden van schuld bestaat ten laste van het eerste (zie bijv. Hof Amsterdam 24 Dec. 1885, *W.* 5309; Rechtb. Rotterdam 10 Maart 1888, *W.* 5578). Zulke algemeene regels zijn verleidelijk, maar zij ontslaan den rechter niet van de verplichting om telkenmale weer na te gaan, of hij het bewijs van schuld door vermoedens geleverd acht. Door in verband met art. 1959 B. W. de zaak aldus voor te stellen en niet te spreken van een „vermoeden van schuld", zou een juister inzicht verkregen, eene betere motiveering der rechterlijke beslissingen bevorderd worden.

De hier verdedigde opvatting vindt men terug in de

buitenlandsche rechtspraak. Men zie o. a. een arrest van het O.A.G. Darmstadt 22 Oct. 1872 (*Seuffert's Archiv*, 27, 231) en twee uitspraken van het Duitsche *Reichsgericht*: Arr. 24 Oct. 1884 (*Entsch.*, 12, n°. 47) en Arr. 15 Jan. 1889 (*Entsch.*, 22, n°. 74) [1]). In de literatuur is de vraag doorgaans niet met die zorg behandeld, die zij wegens hare groote practische beteekenis had verdiend. Wat baat ons bijv. de volgende phrase van Sourdat (t. a. p., n°. 649): „c'est à l'auteur du dommage de prouver le cas fortuit ou la force majeure qu'il allègue.... C'est à celui qui se prétend lésé de prouver la faute qu'il impute à l'agent"! Doch voor zoover de schrijvers de quaestie onderzoeken, verschaffen zij steun aan onze zienswijze, zoo o. a. Diephuis, *het Ned. Burg. regt*, 11 (1888), bl. 87 — meer uitdrukkelijk nog in het vroegere werk: *Ned. burg. regt naar de volgorde van het B. W.*, 2e. druk, 6 (1859), n°. 668 — en onder de buitenlandsche auteurs, vooral Pernice, in zijne straks vermelde monographie, § 20.

Keeren wij thans terug tot ons uitgangspunt en toetsen wij vonnis I aan onze conclusiën. De voornaamste overwegingen luiden aldus:

a. O. dat het eenig verschilpunt tusschen partijen dus hierin bestaat, dat de eene op de andere den bewijslast wil overdragen, in dier voege, dat de eischeres beweert, dat *ged. de overmacht* zal hebben te bewijzen, terwijl van zijde van ged. wordt gezegd, dat de eischende maatschappij gedaagdes *schuld* zal hebben aan te toonen;

b. O. nu dat de actie, die werd ingesteld en waarover dan ook *geen* twijfel bestaat, is die vervat in *art.* 1401 *B. W.;*

c. dat zeer zeker *schuld*, *nalatigheid of verzuim*, waardoor schade wordt veroorzaakt, de eenige gronden zijn, waarop de verplichting tot schadevergoeding volgens de artt. 1401—1405 steunt en dus *deze elementen* voor de schade-actie hetzij uitdrukkelijk in de dagvaarding moeten voorkomen, hetzij *zóó* in de feiten moeten zijn omschreven, dat zij er als 't ware in zijn afgebeeld, m. a. w. *geheel daarin liggen opgesloten;*

---

[1]) Het Ontwerp B. W. v. h. Duitsche Rijk laat eene bijzondere bepaling omtrent den bewijslast „in Rücksicht auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung" (C. P. O. §§ 259, 260) opzettelijk achterwege: *Motive*, 2, blz. 729.

d. O. dat eene uitdrukkelijke vermelding in de feiten *niet* is geschied;

e. dat echter schuld en nalatigheid genoegzaam in den eisch zijn opgenomen, waar immers de dagvaarding en conclusie woordelijk inhouden „dat de ged., voerende zijn schip „Ferdinand", op 20 Juni 1885 met dat schip de westelijke middenremming, behoorende tot de remmingwerken der spoorbrug op het Noordzeekanaal te Zaandam, heeft aangevaren en aanzienlijk beschadigd ten nadeele van eischeres";

f. dat toch dit bewezen feit *op zich zelf reeds* oplevert een daad tegen de gewone orde van zaken indruischende, eene *onregelmatige* handelwijze bevat, door de wet bestempeld met de uitdrukking „onrechtmatige daad";

g. dat verder 't feit dat een *drijvend voorwerp*, *in casu* een schip in botsing komt met een *stille*, ja *vastliggende* onbeweegbare massa, een *brug*, noodwendig de schuld van deze laatste buitensluit, maar het *vermoeden* wettigt, althans *voorloopig*, dat onvoorzichtigheid, verzuim of schuld moet gezocht worden bij hem die het aanstootend voorwerp *onder zijn opzicht* had, te weten de gezagvoerder van het schip, de ged., die de botsing heeft veroorzaakt, en als zeeman, en derhalve zaakkundige, deze had moeten voorkomen;

h. O. dat in het onderwerpelijk geval alzoo *in de feiten zooals zij zijn voorgesteld* de schuld *òf* nalatigheid, voor de schadevergoeding onverschillig, meer dan voldoende ligt opgesloten;

i. O. dat ten betooge, dat uit eene onrechtmatige daad reeds van zelven de schuld als een vermoeden *tegen* den bedrijver, voortvloeit, een beroep kon worden gedaan op de bepaling van art. 1403, laatste alinea, waarbij de verantwoordelijkheid ter sprake wordt gebracht en deze gezegd wordt op te houden, *indien de aansprakelijke personen bewijzen*, *dat zij de daad*, *voor welke zij aansprakelijk zijn*, *niet hebben kunnen beletten*, waaruit toch rechtstreeks volgt, *dat zij voorshands* geacht worden schuld te hebben, of onvoorzichtig gehandeld te hebben, doch zullen zij de toerekenbaarheid kunnen buitensluiten, alsdan door hen o. a. de *overmacht* moet worden aangetoond;

k. O. dat dit nu wèl geschreven is voor de daarin genoemde personen, maar voor de eerste alinea van dat artikel, de verantwoordelijkheid uitbreidende tot *zaken welke men onder zijn opzicht heeft*, waardoor de schade werd veroorzaakt, noodwendig geen ander beginsel kan worden gehuldigd;

l. O. dus dat waar uit de bekende feiten — die vaststaan — voorloopig het vermoeden moet worden afgeleid, dat bij den *ged.* tijdens de aanvaring schuld, althans plichtverzuim, aanwezig was, óók op *hem* de verplichting berust, ter ontzenuwing van dit vermoeden, het noodige bewijs bij te brengen, *zal hij zich kunnen ontslagen rekenen* om de door zijn schip veroorzaakte *schade te vergoeden*.

De zinsneden *c*, *d*, *e*, *h* beantwoorden vrij wel aan de hierboven ontwikkelde regels. Of de rechter gelijk had, toen hij in het gestelde feit de schuld voldoende uitgedrukt achtte, durven wij niet beslissen. Het geldt hier eene technische vraag: wijst de gebeurtenis, gelijk Eischer ze beschrijft, met voldoende waarschijnlijkheid op schuld van den gedaagde? Ten aanzien der overweging *g* zouden wij eene andere formuleering gewenscht hebben; ook had men de opmerking dat de brug geen schuld heeft — een vérité de M. de la Palisse — gerust achterwege kunnen laten. Tot zoover is er geen ernstig bezwaar; overweging *l*, als gevolgtrekking uit het tot dusver besprokene, had bij *h* kunnen aansluiten en het vonnis ware in orde geweest. Doch de Rechtbank meende nog iets meer te moeten geven. Zij ondernam het betoog „DAT UIT EENE ONRECHTMATIGE DAAD REEDS VAN ZELVEN DE SCHULD ALS EEN VERMOEDEN TEGEN DEN BEDRIJVER VOORTVLOEIT“ (overwegingen *i* en *k*). Krachtig is het betoog niet. Als eenige bewijsgrond dienen de slotwoorden van art. 1403 B. W., waar in het geheel niet over de aansprakelijkheid van den bedrijver wordt gehandeld, waar veeleer die van anderen ter sprake komt. Doch wij zullen de Rechtbank niet hard vallen daarover, dat het betoog niet is gelukt. Wèl gelooven wij, dat de geheel noodeloos verkondigde algemeene stelling beter ongeschreven ware gebleven. Want zij is gevaarlijk in hooge mate, vooral bij een rechter, die *onrechtmatig* noemt (overweging *f*), al wat tegen de gewone orde van zaken indruischt. Reeds vroeger heb ik als mijne meening te kennen gegeven (zie *Rechtsg. Mag.*, 8, 1889, bl. 393), dat eene ruime uitlegging van art. 1401 B. W. wenschelijk is. Toch ben ik huiverig voor de consequentiën, waartoe de twee stellingen der Amsterdamsche Rechtbank kunnen leiden. „Uwe daad druischt in tegen de gewone orde van zaken, zij bevat eene onregelmatige handelwijze; daaruit vloeit reeds van zelven de schuld als een vermoeden tegen U voort“ — dat zou voldoende zijn als grondslag voor de actie van art. 1401! Voorbeelden zullen

wel niet noodig zijn, om het bedenkelijke van deze leer in het licht te stellen. Waarschijnlijk heeft de Rechtbank het ook zoo kwaad niet gemeend; de door ons gewraakte zinsneden passen zelfs niet recht bij het overige deel van haar vonnis. Laat ons dan ook hopen, dat zij zelve hare stelling als te algemeen zal beschouwen en zal voortgaan, gelijk ze ditmaal deed, telkens de aanwezigheid van schuld te onderzoeken. Kon men besluiten afscheid te nemen van het „vermoeden van schuld", veel gevaar voor misverstand ware voorkomen.

Eene goede omschrijving gaf de Haagsche Rechtbank in vonnis III in deze woorden: „dat schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid, als elementen voor de schadeactie van de artt. 1401 en vlg. B. W. hetzij uitdrukkelijk in de dagvaarding moeten voorkomen, hetzij zóó in de feiten zijn omschreven, dat zij er geheel in liggen opgesloten."

BOEKBESCHOUWINGEN.

De rijksopvoedingsgestichten in Nederland. — Academisch proefschrift van J. Simon van der Aa. — Amsterdam 1890.

Onder de academische proefschriften van den laatsten tijd, waaraan eene blijvende waarde mag worden toegekend, behoort ongetwijfeld het boven aangehaalde werk van den heer J. Simon van der Aa.

In zijne inleiding verklaart de schrijver zich een aanhanger der zoogenaamd nieuwe richting in het strafrecht, die volgens hem eene ruimere opvatting huldigt van de Staatstaak tot onderzoek en bekampen van de misdaad, dan in de laatste decennia in de strafrechtswetenschap en in de strafwetgeving heeft overheerscht. Of het karakteristiek onderscheid tusschen die richting en de ook door de ontwerpers van ons nieuw Nederlandsch strafwetboek gehuldigde door hem op blz. 3 duidelijk is omschreven, komt mij twijfelachtig voor. De door hem daar aangegeven vrij algemeen erkende waarheden zijn in de Statuten der in 1888 opgerichte *Internationale kriminalistische Vereinigung* in meerdere bijzonderheden omschreven. Als ik het echter goed inzie, ligt het verschil dieper en wordt dat in den laatsten tijd door de geschriften en nadere toelichtingen der aanvoerders meer gepreciseerd.

Ik wijs slechts op de verwerping van het vergeldingsstelsel als den beproefden historischen grondslag van het strafbegrip, het dien ten gevolge op den achtergrond plaatsen van het objectieve element van het misdrijf bij de straftoemeting en het verminderen van de zekerheid der straf, zoowel uit het oogpunt der speciale als der generale preventie, door aan een voor den rechter niet te beoordeelen, ook door onzen strafwetgever alleen in de inrichting der straf aangenomen nevendoel, de verbetering der veroordeelden, bij het vonnis en de regeling van den strafduur eene hoofdplaats in te ruimen.

De vermelding van des schrijvers richting had bij het schrijven

van zijn proefschrift achterwege kunnen blijven, omdat het de opvoeding van Staatswege behandelt van niet strafrechtelijk vervolgde of vrijgesprokene jeugdige delinquenten. Daaromtrent toch gelden uit den aard der zaak geheel andere beginselen dan bij de straftoepassing, al moest de regeling der voorwaarden en de wijze van opzending naar een opvoedingsgesticht eene plaats erlangen in het strafwetboek. Evenals de schrijver kunnen de voorstanders der door hem afgekeurde richting in het strafrecht de bepaling van den duur der staatsopvoeding onafhankelijk maken van eene rechterlijke beslissing en afhankelijk doen zijn van het oordeel van eene administratieve macht. Een wettelijke grens voor dien duur is hier voldoende, omdat eene straf niet behoort te worden opgelegd en dus ook niet wordt toegepast. Het geldt het onttrekken der opvoeding van kinderen aan de daarvoor in den regel door de wet aangewezen personen en het overnemen daarvan door den Staat op gronden van staatsbelang, ter zake van daartoe gebleken ongeschiktheid der betrokken personen. Waar het staatsgezag zelfs beperkende bepalingen vaststelt ten aanzien van den arbeid van kinderen in het algemeen, is het niet vreemd dat het, gelijk de schrijver [1]) zou willen, optreedt om zijne opvoedelingen bij hun ontslag zoo noodig materieel te steunen, hen desgevorderd behulpzaam te zijn bij het vinden van een passende betrekking of dienst en hen te beschermen tegen nadeelige invloeden van de vroegere omgeving. Of die staatszorg, vooral wat het eerste punt betreft, niet te ver zou gaan, is intusschen eene sociale vraag, wier beantwoording van economische en staatsrechtelijke overwegingen afhankelijk is.

Hoe heeft de schrijver zich gekweten van de door hem uitgevoerde taak? Mijns inziens op zeer verdienstelijke wijze, vooral wat aangaat den vorm van zijn arbeid en de door hem gevolgde methode van onderzoek. Zijn stijl is aangenaam, zijne bewerking der stof logisch en systematisch, o. a. blijkbaar uit de door hem gemaakte verdeelingen in hoofdstukken en paragrafen en de aan het eind van iedere paragraaf in zijn vierde hoofdstuk, inhoudende kritische beschouwingen, opgenomen conclusiën. Hij heeft daarenboven niet slechts de op zijn onderwerp betrekking hebbende documenten gelezen en geresumeerd, verschillende statistische gegevens verzameld en verwerkt, maar ook zich door persoonlijke aanschouwing op de hoogte gesteld van den toestand der door hem besproken rijksopvoedingsgestichten. De beschrij-

[1]) Zie blz. 148 van zijn proefschrift.

ving van een en ander verdient zeer de algemeene aandacht en geeft aan zijn werk eene blijvende waarde. Gelijk hij toch terecht opmerkt, is er ten aanzien van zijn onderwerp een gebrek aan literatuur, dat grootendeels oorzaak is van de uit onbekendheid ontstane, onjuiste denkbeelden omtrent onze opvoedingsgestichten, waardoor dezen de steun en belangstelling wordt onthouden, die zij ten volle verdienen.

De schrijver behandelt, alvorens tot zijne kritische beschouwingen te komen, de plaatsing in de rijksopvoedingsgestichten, vervolgens het verblijf daarin en eindelijk het ontslag daaruit.

In zijn historisch overzicht van de opneming van staatszorg voor de opvoeding van misdadige kinderen in de strafwetgeving in Nederland, vereischen slechts enkele punten eenige aanvulling. De schrijver heeft namelijk niet vermeld de resolutie der vroedschap van Amsterdam d.d. 26 October 1589, die aanleiding gaf tot de door hem medegedeelde inrichting van het voormalige Clarissen-klooster, staande op den Heiligenweg te Amsterdam, tot een rasp- of spinhuis, waarin ook jeugdige misdadigers werden geplaatst èn om een ambacht te leeren èn om van hunne kwade gewoonten zich te verbeteren [1]).

Aan de geschiedenis van de ontwikkeling van die staatszorg in andere landen worden eenige regelen door hem gewijd. Ons komt het voor dat, met name uit het opstel van Dr. Föhrung van Hamburg: *Die Zwangserziehung und die Bestrafung Jugendlicher*, in het *Handbuch des Gefängnisswesens* van Von Holtzendorff en Von Jagemann II, blz. 278—327, en uit het in 1889 door den bekenden Berlijnschen gevangenisdirecteur K. Krohne uitgegeven *Lehrbuch der Gefängnisskunde*, door hem nog verschillende wetenswaardige bijzonderheden hadden kunnen zijn medegedeeld, die den ontwikkelingsgang duidelijker hadden kunnen maken. Hij maakt o. a. geen gewag van een Pruisische Kabinetsorder van 2 December 1846, die aan de *Obergerichten* veroorlooft in bijzondere gevallen jeugdige delinquenten naar opvoedingsgestichten te verwijzen.

Wat betreft de vergelijking der artt. 38 en 39 van ons strafwetboek met bepalingen uit buitenlandsche strafwetboeken, missen wij eene vergelijking o. a. met sommige hoogst opmerke-

---

[1]) Men zie daaromtrent de mededeelingen bij J. Wagenaar, *Beschrijving van Amsterdam*, 1ste en 2de stuk; J. Koning, *Geschiedkundige aanteekeningen bij de lijfstraffelijke rechtspleging te Amsterdam*, blz. 32; en M. S. Pols, *inaugureele oratie*, Utrecht 1879, blz. 25.

lijke bepalingen in de wetboeken der Zwitsersche kantons en met die van het op 1 Januari 1890 ingevoerde Italiaansche strafwetboek. De artt. 53—56 daarvan verdienen m. i. zeer de aandacht. Een kind, dat den leeftijd van negen jaren niet heeft bereikt tijdens het door hem begaan van een strafbaar feit, wordt niet vervolgd. Is dat feit onder de door de wet met tuchthuis of zware opsluiting, of met eene gevangenisstraf van ten minste één jaar bedreigde misdrijven opgenomen, dan kan de President van het civiele gerecht op voordracht van het Openbaar Ministerie het herroepbaar besluit nemen tot opneming van den minderjarige in een opvoedings- of verbeteringsgesticht ten hoogste tot het bereiken van zijne meerderjarigheid, of zijne ouders, of den tot zijne opvoeding gehoudene, de verplichting opleggen tot eene behoorlijke opvoeding, onder bedreiging van een geldboete van ten hoogste 2000 lire voor het geval van nalatigheid en het begaan van een misdrijf tijdens zijne minderjarigheid.

Diezelfde bepaling is toepasselijk op kinderen tusschen 9 en 14 jaren in boven bedoelde gevallen, als de rechter heeft beslist dat de jeugdige delinquent zonder oordeel des onderscheids heeft gehandeld. Beslist deze het tegendeel, dan wordt ook voor andere strafbare feiten straf opgelegd, maar eene bij de wet vastgestelde lichtere. Is er eene vrijheidsstraf opgelegd, dan wordt deze in een verbeteringsgesticht ondergaan. Is het kind 14 jaar en nog geen 18 jaar oud, dan wordt het bij schuldigverklaring steeds met een lichtere straf gestraft, die de rechter, als het vóór zijn 18de jaar wordt veroordeeld, *kan* doen ondergaan in een verbeteringsgesticht. Een jeugdige delinquent tusschen 18 en 21 jaren wordt bij schuldigverklaring met eene eenigszins lichtere straf op de gewone wijze gestraft.

De schrijver had in zijn hoofdstuk, bevattende kritische beschouwingen, van de aan die onderscheidingen te grondslag gelegde denkbeelden m. i. gebruik kunnen maken tot toelichting van het aan te nemen stelsel.

Wat betreft de geschiedenis der Nederlandsche rijksopvoedingsgestichten had de schrijver m. i. meer acht moeten geven op den invloed door het Hoofdbestuur van het *Genootschap tot zedelijke verbetering der gevangenen* uitgeoefend, o. a. op de oprichting van het huis van verbetering en opvoeding voor jongens te Alkmaar in de jaren 1854 en 1855. De op de Amsterdamsche Universiteits-bibliotheek voorhanden verslagen van dat Genootschap leveren daaromtrent niet onbelangrijke gegevens.

Die oprichting is, evenals de door hem medegedeelde van de gevangenis voor jeugdige veroordeelden te Rotterdam, aan het initiatief van dat Genootschap te danken. Het plan daartoe is door de Regeering in handen van gemeld Hoofdbestuur gesteld ten fine van praeadvies. Namens haar werden de vergaderingen van dat bestuur herhaaldelijk bijgewoond door den toenmaligen inspecteur van het gevangeniswezen. De verslagen over 1853 en 1854 behelzen wetenswaardige bijzonderheden omtrent het gehouden overleg betreffende deze belangrijke aangelegenheid. Aan den invloed van dat Genootschap gedenkt de schrijver overigens op blz. 66, aan zijne werkzaamheid op blz. 146.

Aan de wordingsgeschiedenis der artt. 38 en 39 van het W. v. S. en hunne verklaring, aan de bijzondere procesregels voor de plaatsing in een rijksopvoedingsgesticht krachtens de wet van 15 Januari 1886 (Stb. n°. 7), aan de toepassing van eerstgemelde artikelen worden verschillende bladzijden gewijd. Zij bevatten menige juiste en belangrijke opmerking. De behandeling der daaromtrent gerezen vragen mag met lof worden vermeld.

Uit den aard der zaak moesten de kritische beschouwingen over een dergelijk practisch onderwerp den jeugdigen schrijver eigenaardige moeielijkheden opleveren. Men kan het hem niet euvel duiden, dat hij bij gemis van rijpe ervaring niet heeft getracht eene volledige beantwoording te geven van de vraag, of de door hem beschreven regeling van de opvoeding der jeugdige delinquenten aan alle te stellen eischen voldoet. De door hem verzamelde feiten kunnen als gegevens daartoe ongetwijfeld dienst doen. Hij erkent niet te hebben beoogd eene grondige behandeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen bij de kinderen onder zekeren leeftijd, van de vraag, of rijks- dan wel private gestichten of ook beide wenschelijk zijn, en evenmin te zijn getreden in een onderzoek naar de verschillende systemen van opvoeding, waaromtrent hij aan het boven aangehaalde werk van Krohne belangrijke gegevens had kunnen ontleenen. Hij heeft intusschen de voorwaarden en de wijze der opzending naar een gesticht besproken; hij heeft verder eenige opmerkingen gemaakt omtrent het verblijf in en het ontslag uit de gestichten. Vooral bij de bespreking van het eerste punt roert hij belangrijke beginselen aan.

Als eerste voorwaarde stelt de wet den *leeftijd* van den delinquent, waarbij zij de dubbele grens heeft aangenomen, absolute straffeloosheid en mogelijkheid van plaatsing bij kinderen tot aan den leeftijd van 10 jaren, relatieve straffeloosheid en moge-

lijkheid van opzending bij kinderen onder den leeftijd van 16 jaren, terwijl zij, die den 16jarigen leeftijd hebben bereikt, niet meer voor opzending in aanmerking komen. De vraag, of het juist is eene dubbele grens aan te nemen, wordt door hem op goede gronden *bevestigend* beantwoord. Ten aanzien der vraag: „zijn de gestelde grenzen de juiste?" kan ik mij ten volle vereenigen met zijne *ontkennende* beantwoording. Aan de heerschende strooming om de grenzen, vooral de grens van de ontoerekeningsvatbaarheid bij kinderen te verhoogen, heeft, gelijk hij terecht opmerkt, ons strafwetboek ten onrechte niet meegedaan. Kinderen onder de 12 jaren bij voorbeeld denken nog alleen aan ouderlijke tuchtmiddelen en gevoelen, gelijk Dr. Benz [1], bij zijne toelichting van het Zuricher wetboek, die de schrijver niet aanhaalde, zich alleen verantwoordelijk jegens hen, aan wie zij gehoorzaamheid verschuldigd zijn. Het plichtbesef, dat voorhanden moet zijn, voordat men de strafrechtelijke toerekenbaarheid kan aannemen, is hier niet aanwezig. In overeenstemming met die zienswijze hebben o. a. de strafwetboeken van Duitschland, van Hongarije, van de Zwitsersche kantons Solothurn, Bern, Basel, Zurich, Thurgau en Freiburg, den 12jarigen leeftijd als grens gesteld voor de absolute straffeloosheid. De schrijver maakt melding van sommige dier wetboeken en van de daaromtrent in eenige vroegere Nederlandsche ontwerpen en in het Crimineel Wetboek van 1809 gestelde grens. In de wetboeken der kantons Waadtland, Wallis en Graubunderland is conform het Nederlandsche ontwerp van 1804 de 14jarige leeftijd als grens aangenomen. Het komt mij voor dat in ons land althans tegen den 12jarigen leeftijd evenmin bezwaar behoeft te bestaan als zulks in Duitschland het geval is. Men heeft hier inderdaad met schoolkinderen te doen. Kon men tot den 14jarigen leeftijd gaan, dan zou die bepaling zich aansluiten bij art. 12 W. v. S., dat den 14jarigen leeftijd aanneemt als grens voor de afzonderlijke opsluiting, dan zou men het niet te versmaden voordeel verkrijgen kinderen tusschen 10 en 14 jaren niet te moeten overleveren aan het zedebederf der gemeenschappelijke gevangenis en hen des noodig van Staatswege doen opvoeden.

De schrijver behandelt voorts de vraag of gebrek aan inzicht in het gepleegde feit eene voorwaarde mag zijn, waarvan de wet de straffeloosheid en mogelijkheid van opzending doet afhangen.

---

[1]) *Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zurich erläutert* durch Dr. Rudolf Benz. 1871, blz. 60.

Hij beantwoordt die vraag *ontkennend* en wil, het oordeel des onderscheids als indirect criterium voor de opzending afschaffende, den rechter de vrijheid laten naar gelang van omstandigheden te straffen, of naar een verbeteringsgesticht op te zenden, ja zelfs beide in toepassing te brengen na elkander. Door dat laatste te doen worden volgens hem repressie en preventie vereenigd, zoowel in het belang van den Staat als in dat van het kind. Over de al of niet wenschelijkheid der celstraf voor dergelijke jeugdige delinquenten laat de schrijver zich niet uit. Gewichtige gronden pleiten daarvoor met het oog op het ernstige karakter dier wijze van opsluiting, welke daarom voor jeugdige delinquenten niet te lang moet duren en zulks ook niet behoeft te doen. De ervaringen van bekwame practici als den gevangenisdokter Mottet, den gevangenis-aalmoezenier abt Crozes [1]), om niet te spreken van de in ons eigen land ten gunste daarvan verkregene, hebben doen zien dat die straf een gunstigen invloed uitoefent op de gezondheid en den geest der kinderen. Deze was in de cellulaire gevangenis la Roquette te Parijs alleen dan ongunstig, als de kinderen niet genoeg uren kregen om op de wandelplaats te loopen, en als zij niet genoeg voedzaam eten bekwamen. Maar dat is eene zaak van organisatie. De abt Crozes zeide o. a. dat de jeugdige gevangenen de afzondering gemakkelijker dragen dan men zich voorstelt, mits men hun bezigheid en afleiding verschaffe. In denzelfden geest luidde het getuigenis van den Duitschen gevangenisgeestelijke Feldhahn [2]), die de gelegenheid had beide stelsels, dat van gemeenschappelijke en afzonderlijke opsluiting van jeugdige veroordeelden, in de praktijk na te gaan en langen tijd aan de inrichting te Plötzensee werkzaam was.

Het verslag van het internationale gevangeniscongres te Stockholm van 1878 bevat daaromtrent mede belangrijke verklaringen uit Zweden van Graaf Hamilton; uit Oostenrijk van den regeerings-gedelegeerde Edelmann; uit Nederland van Mr. B. J. Ploos van Amstel. Indien de celstraf gunstig werkt voor jeugdige veroordeelden, dan behoort hare kracht niet verzwakt te worden door eene daaropvolgende plaatsing in een opvoedingsgesticht, waar zij veroordeelde karnuiten ontmoeten van meerderen leeftijd, die ouder waren en rijper in slechte streken, toen

---

[1]) Zie omtrent die verklaringen het werk van D'Haussonville, *Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies.*

[2]) Zie *Blätter für Gefängnisskunde*, Heft 4 en 5, blz. 379.

zij het feit pleegden, dat hen voor den rechter bracht. Een tot straf veroordeelde onderga de straf, die hij verdiend heeft, maar geene staatsopvoeding, die in hoofdzaak alleen voor jongeren en meer onbedorvenen moet behouden blijven en dan voor de laatsten minder gevaren oplevert, ook als zij in de inrichting ouder zijn geworden zonder kennis te maken met meer geroutineerde delinquenten.

De schrijver wil de al of niet veroordeeling tot straf niet afhankelijk maken van eene voorafgaande rechterlijke beslissing over het oordeel des onderscheids. Die vraag is zeer belangrijk en nog onlangs op de vergadering van de Internationale kriminalistische Vereeniging te Bern ter sprake gebracht na een opmerkelijk praeadvies van den Petersburger hoogleeraar Joh. Foinitzki[1]). De door gemelden hoogleeraar ten gunste van dit gevoelen aangevoerde gronden komen mij voor sterker te zijn dan die van Mr. Van der Aa op blz. 112—116.

Mr. Van der Aa ontleent een grond aan de moeielijkheid van het onderzoek. Met de Commissie van Rapporteurs in de Tweede Kamer kan daarop worden geantwoord: „De moeielijkheid om over die vraag te beslissen mag geen reden zijn om strafbaarheid geheel uit te sluiten, maar bewijst integendeel dat in vele gevallen strafrechtelijke verantwoordelijkheid moet worden aangenomen."

Mr. Van der Aa wijst verder op het mogelijke verschil van gevoelen ten aanzien van de beteekenis der uitdrukking. Daardoor zal volgens hem bij verschillende opvatting der rechterlijke collegies ongelijkheid ontstaan in de berechting der feiten, onrechtvaardigheid jegens de jeugdige delinquenten.

Ongetwijfeld kan men met den Leidschen hoogleeraar, Mr. H. Van der Hoeven[2]) vragen: „oordeel *des onderscheids* — onderscheid van wat? Van goed en kwaad? Van geoorloofd en ongeoorloofd? Van recht en onrecht? Van zedelijk en onzedelijk?" Volgens Mr. Van der Aa blijkt intusschen uit de gewisselde stukken zoowel als uit de mondelinge discussiën, dat onze wet van de verschillende mogelijke en bestaande opvattingen de strengste eischt, namelijk het inzicht van het ongeoorloofde der gepleegde handeling uit hetzelfde oogpunt, waaruit de volwas-

---

[1]) Zie zijn advies in de: *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, II, Heft 2, Juli 1890, blz. 46.

[2]) *Mag het Wetboek van Strafrecht ongewijzigd worden ingevoerd?* Leiden 1884, blz. 124.

sene zulk eene handeling beschouwt. Is dat laatste wegens het ongepreciseerde der uitdrukking zelve betwistbaar, welnu het is een bezwaar tegen de redactie, maar niet tegen het begrip. Als dat duidelijker kon gepreciseerd worden, had het behooren te geschieden.

Oordeel des onderscheids is volgens den Minister, eenvoudig: „de bijzondere naam van de toerekeningsvatbaarheid, wanneer deze à priori, wegens jeugdigen leeftijd, twijfelachtig was."

Waartoe, vragen wij met Mr. Van der Hoeven, dan dien bijzonderen naam? Waarom niet in de wet het begrip aldus geformuleerd: „de rechter onderzoekt of het feit aan het kind kan worden toegerekend?"

Maar dan blijft het onderzoek naar de toerekeningsvatbaarheid van het kind en wel een *in casu* bijzonder onderzoek op grond van de hier aan te nemen *twijfelachtige* toerekenbaarheid, die bij volwassenen zich niet voordoet, als zijnde bij dezen de toerekenbaarheid *regel*.

Professor Foinitzki voert een sterkeren grond aan. Hij ontkent het verschil in inzicht tusschen jeugdigen en volwassenen omtrent de strafbaarheid van een feit. Er bestaat volgens hem tusschen beiden alleen verschil ten aanzien van de meer of mindere toegankelijkheid voor indrukken van buiten en van den graad van wederstandsvermogen tegen het zich doen beheerschen door die indrukken. Gesteld dat zulks juist is, ook dan kan een speciaal onderzoek over de in dien zin aan te nemen toerekeningsvatbaarheid als eisch worden gevorderd en omschreven. Men mag de beslissing ook in dat geval niet van de omstandigheden in het algemeen doen afhangen, omdat zulks aanleiding moet geven tot willekeur. Mr. Van der Aa erkent op blz. 114 dat bij zijne opvatting uit de wet zelf de mogelijkheid voortvloeit van strafoplegging aan ontoerekeningsvatbare jeugdige delinquenten van 10 tot 16 jaren. Dit nu achten wij willekeur en geen recht.

De door den schrijver gewenschte uitbreiding van den kring der feiten, waarvoor de opzending mogelijk zal zijn, ook tot overtredingen van allerlei aard, is m. i. zeer bedenkelijk. De mogelijkheid ontstaat dan, dat der echter staatsopvoeding gelast bij het begaan van onbeteekenende feiten en naar subjectieve inzichten op uitgebreide schaal inbreuk maakt op de macht van ouders en voogden, om de staatsopvoeding te stellen in de plaats der gewone, door natuur en burgerlijke wet daarvoor aangewezen. In Italië gaat men, gelijk wij boven zagen, van het tegen-

overgestelde beginsel uit en wil men voor jeugdige kinderen die staatsopvoeding alleen in geval van vrij ernstige feiten.

Die staatsopvoeding te kunnen doen loopen tot het tijdstip der burgerlijke meerderjarigheid (hier te lande tot 23 jaren) achten wij te ver reikend. Vóór het 20ste jaar kan de opvoeding als voltooid beschouwd worden. De mogelijkheid van voorwaardelijk ontslag in te voeren achten wij nuttig, en waar het staatsopvoeding geldt, zeer zeker niet in strijd met de eischen van het recht.

Over de verdere meer practische vragen in debat te treden met den schrijver, is in dezen na het door hem zelf op den voorgrond gestelde onnoodig en zou ook het bestek dezer aankondiging overschrijden. Wij meenen genoeg te hebben gedaan door op zijn verdienstelijken arbeid de algemeene aandacht te hebben gevestigd.

Mr. J. Domela Nieuwenhuis.

P. K. BOON, Bijdrage tot de kennis van Duitsch Landbouwcrediet. — Acad. Proefschrift. — Groningen, Scholtens & Zn., 1890.

De schrijver van het academisch proefschrift, aan het hoofd van dit opstel vermeld, stelde zich uitsluitend ten doel eene wetenschappelijke bijdrage te leveren tot de kennis van het landbouwcrediet in Duitschland. In zooverre komt hij ons voor, een deugdelijk werk te hebben geleverd. Duidelijk heeft hij uiteengezet de werking en inrichting eener bank volgens de beide stelsels van Schulze-Delitsch en van Raiffeisen, en door statistieken, getrokken uit de jaarverslagen dier inrichtingen, den omvang en uitbreiding harer operatiën aangetoond. De banken van Schulze-Delitsch, die in Midden- en Oost-Duitschland zich meer ontwikkeld hebben, zegt hij, berusten op den grondslag van eigen hulp, zonder ondersteuning van anderen, zoomin van particulieren als van den Staat. Het kapitaal bestaat uit kleine aandeelen, aangevuld door deposito- en spaarpenningen. Het crediet wordt verleend in rekening-courant, disconteering van wissels en de gewone schuldbekentenis — alles onder persoonlijke of zakelijke zekerheid. De Raiffeisen'sche *Darlehn*kassen daarentegen, opgericht om den woeker tegen te gaan, die in de Rijnprovinciën zeer sterk scheen te heerschen, hebben tot grondslag het Christelijk denkbeeld: „Gij zult uw

naasten liefhebben, gelijk uzelve". Zij worden zonder kapitaal opgericht, doch vormen dit uit de jaarlijksche winst. De omzet berust geheel op den inbreng van spaarpenningen en op de gelden die zij van centrale bankinstellingen ontvangen, onder solidaire aansprakelijkheid der leden. Deze kassen leenen gelden op korten en op langen termijn — doch niet meer dan *f* 500.— aan één persoon.

Bij al het goede en belangrijke wat in Mr. Boon's geschrift wordt gegeven, mag evenwel worden betreurd, dat daarbij niet tevens in een onderzoek wordt getreden, in hoeverre van de Duitsche wettelijke regeling hier te lande ware partij te trekken, ter verbetering van den toestand van het credietwezen ten onzent. Het advies van de Landbouwcommissie in zake het crediet ten platten lande — uitgebracht in de *Staatscourant* van 6 April 1888, naar aanleiding van het in handen der commissie gesteld adres van het Nederlandsch Landbouwcomité, zou den schrijver eene ruime materie hebben verschaft.

Wij hebben echter bij de beoordeeling eener letterkundige studie in het oog te houden het kader, hetwelk de auteur zich teekende en binnen welks grenzen hij zich wenschte te bewegen. De waarde van hetgeen hij schonk, vermindert niet altijd, doordien hij, bij het maken van zijn bestek, een ruimeren gezichtseinder had kunnen omvatten.

F. F. s' Jacob.

Doorhaling van voogdij-hypotheek, door S. K. D. M. van Lier. — Acad. Proefschrift, Utrecht 1890. — 96 bl.

Niet lang geleden had de Hooge Raad te beslissen over de vraag, of de toeziende voogd bevoegd is, behoudens zijne verantwoordelijkheid, de hypotheek te doen doorhalen, die de voogd ten behoeve van den minderjarige heeft gesteld, en, zoo niet, of dan toch, door de doorhaling op grond van onbevoegdelijk verleende toestemming van den toezienden voogd, de voogdij-hypotheek te niet gaat. Bij arrest van 22 November 1889 (*W. v. h. R.*, no. 5794) oordeelde onze hoogste rechter, zich vereenigende met de uitspraken van Rechtbank en Hof te 's Gravenhage, dat den toezienden voogd de genoemde bevoegdheid *niet* toekomt en dat eene doorhaling ten gevolge van zijne toestemming de kracht mist om de voogdij-hypotheek op te heffen.

Aan de bespreking van deze rechtsvraag wijdde Schr. zijn proef-

schrift, waarmede hij in Juli 1890 aan de Utrechtsche Hoogeschool den doctoralen graad verwierf. Het werk is verdeeld in vier Hoofdstukken. In de eerste twee, getiteld: „grond en begrip der voogdij-hypotheek“ en „de toeziende voogd“, wordt het stelsel onzer wet omtrent de voogdij-hypotheek ontvouwd en de beteekenis der toeziende voogdij naar het Nederlandsche recht uiteengezet. Een en ander leidt den Schr. tot de conclusie, „dat de toeziende voogd onbevoegd is om zijne toestemming tot doorhaling der voogdij-hypotheek te geven, zoolang het beheer duurt en de hypotheek niet op wettige wijze verminderd of vervangen wordt“. In het derde Hoofdstuk wordt nu onderzocht, wat het effect is van de doorhaling, indien, niettegenstaande zijne onbevoegdheid, de toeziende voogd daartoe zijne toestemming geeft. In overeenstemming met de gangbare meening, betoogt Schr. dat zoodanige doorhaling het recht van hypotheek niet opheft. In alle opzichten sluit hij zich dus aan bij het bovenvermelde arrest van den Hoogen Raad. In een vierde Hoofdstuk worden eindelijk de bepalingen van het Ontwerp tot herziening van het Burg. Wetb. besproken en boven de geldende wet geroemd.

Bestond er voor Schr., naar den aard van zijn onderwerp, minder gelegenheid om nieuwe gezichtspunten te openen, de lof mag hem niet onthouden worden, dat hij zijn stof behoorlijk gerangschikt en zijne argumenten op heldere wijze ontwikkeld heeft.

D.

Mr. N. G. PIERSON, Leerboek der Staathuishoudkunde, 2de deel, 2de stuk. — Haarlem, de Erven F. Bohn, 1890.

Een boek als dat van Pierson is weinig geschikt om te worden gerecenseerd. Eene critiek, die op de hoogte van het werk staat, zou een studie van het door den Schr. behandelde onderwerp vorderen, waartoe slechts weinigen tijd en gelegenheid bezitten, en eene aankondiging, die geen ander doel kan hebben dan de verdiensten ervan bloot te leggen, er op te wijzen dat wij hier inderdaad met een standaardwerk hebben te doen, mag vrijwel overtollig heeten, te eer omdat aan het thans verschenen laatste stuk twee andere stukken zijn voorafgegaan [1]), die

---

[1]) Men zie *Rechtsgel. Mag.*, IV (1885), bl. 350 v. en hierboven bl. 269 v.

zich in handen van alle beoefenaars der staathuishoudkunde bevinden. De plaats, die aan Pierson's werk in de hedendaagsche literatuur toekomt, behoeft niet meer te worden aangewezen.

Om deze reden bepalen wij ons er toe op de verschijning van het laatste stuk van Pierson's magistralen arbeid de aandacht onzer lezers te vestigen. Dit stuk is geheel gewijd aan „de Inkomsten van den Staat" en gesplitst in vier hoofdstukken, achtereenvolgens getiteld: „de inkomsten uit domeinen en retributiën", „de druk der belastingen", „de regeling der belastingen" en „leeningen". Vraagstukken van het hoogste gewicht worden dus besproken, waaromtrent ieder, die daarin belang stelt, gaarne en dankbaar de voorlichting van een man als Pierson zal ontvangen.

OPMERKINGEN EN MEDEDEELINGEN.

A. WETGEVING.

Frankrijk. — De afgevaardigde G. Rivet heeft bij de Kamer een voorstel aanhangig gemaakt tot afschaffing van art. 340 C. c. (onderzoek naar het vaderschap). Hij koestert de hoop, dat de door hem verdedigde meening in de laatste jaren veld gewonnen heeft en er dus kans bestaat op een gunstiger onthaal, dan in 1883 aan zijn toen ingediend Ontwerp te beurt viel. Dit leidde evenmin tot eenig resultaat als een voorstel van Bérenger e. a. omstreeks denzelfden tijd in den Senaat behandeld (zie Dramard, in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 3, 1884, bl. 348).

Het voorstel van Rivet luidt aldus:

Art. 1. Het onderzoek naar het vaderschap wordt toegelaten, mits er zijn schriftelijke bewijzen, vaststaande feiten of voldoende getuigenissen.

Art. 2. Weigert de vader de moeder te huwen, dan kan deze schadevergoeding en onderhoud voor het kind vorderen.

Art. 3. De vrouw kan omtrent hare zwangerschap eene verklaring afleggen, den vader aanduiden en het proces beginnen, drie maanden vóór hare bevalling.

Art. 4. Gedurende de minderjarigheid van het kind, komt de vordering tot onderzoek naar het vaderschap toe aan de moeder of den voogd.

Art. 5. Die vordering vervalt zes maanden na de meerderjarigheid van het kind.

Art. 6. Een meisje ouder dan 25 jaren mag niet een minderjarige beneden 18 jaren vervolgen.

Art. 7. De eisch tot erkenning van het vaderschap, die lasterlijk en te kwader trouw gedaan blijkt te zijn, wordt vervolgd en gestraft gelijk laster.

De voorsteller heeft zijne denkbeelden uitvoerig toegelicht in een geschrift, dat voor het groote publiek bestemd en onder den titel *La recherche de la paternité* (Paris, Dreyfous, 1890. —

XLI en 300 bl.) uitgegeven is. Alexandre Dumas fils schreef daarbij eene Voorrede. Aan critiek van Rivet's wetsontwerp laat hij het niet ontbreken, maar ook zijnerzijds dringt hij krachtig aan op verbetering van den toestand der natuurlijke kinderen. Karakteristiek is bijv. de volgende zinsnede: „le seul moyen que vous ayez d'arriver à un résultat pratique et même avantageux, c'est de ne pas vous perdre dans les détails, c'est de ne tenir aucun compte de ces mères et de ces pères hors la morale et hors la loi et de ne vous occuper que de l'enfant, car il n'y a, dans tout cela, que lui d'innocent et d'intéressant".

België. — Wij maakten onlangs melding (zie hierboven, bl. 286) van een voorstel, door den Heer V. Jacobs en 4 andere leden bij de Belgische Kamer van Afgevaardigden ingediend tot wijziging van art. 568 C. de comm., handelende over reclame bij faillissement van den kooper. Dit Ontwerp heeft geleid tot de wet van 31 Mei 1890.

Men herinnert zich, dat het voorstel eene tweeledige strekking had. Vooreerst bedoelde het regeling van de rechten des schuldeischers, aan wien cognossement of vrachtbrief is verpand. Dit gedeelte van het voorstel is geheel onveranderd tot wet verheven.

Anders met het overige deel van het Ontwerp. De Heeren Jacobs c.s. hadden voorgesteld art. 568, al. 2 aldus te lezen: „néanmoins, la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur connaissements ou lettres de voiture". Met het gronddenkbeeld van het voorstel verklaarde de Commissie uit de Kamer zich eenstemmig te vereenigen. Zij meende, dat het cognossement voldoende moest zijn, om den verkrijger te goeder trouw tegen elke reclame te waarborgen, en dat dus de voorwaarde van bezit der factuur moest vervallen. De veranderde inrichting toch van den handel heeft medegebracht, dat de waar meestal niet meer verkocht wordt vóór de inlading, maar eerst terwijl zij zeilende is; het is derhalve niet meer mogelijk, eene factuur door den afzender onderteekend te voegen bij het cognossement. Maar, naar de meening der Commissie, bestaat dezelfde reden voor wijziging niet voor wat betreft het vervoer te land of langs binnenwateren. Daar pleegt de verkoop aan de afzending vooraf te gaan, daar kan de factuur bij den vrachtbrief worden gevoegd. Daar behoudt dus de onderscheiding van art. 568 hare volle kracht. Indien de verkooper aan den kooper de factuur met den vrachtbrief ter hand stelt, na deze beide stukken te hebben onderteekend, dan

wordt hij geacht afstand te hebben gedaan van elke reclame; indien hij de factuur behoudt of de stukken niet teekent, dan is de derde kooper gewaarschuwd, dat eventueel het recht van reclame zal worden uitgeoefend. Vandaar het volgende gewijzigde voorstel, dat de goedkeuring der wetgevende macht verwierf en thans wet is geworden: „néanmoins la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur connaissements, ou sur factures et lettres de voiture signées par l'expéditeur".

Hierdoor is het zonderlinge resultaat verkregen, dat, terwijl het, om den tweeden kooper tegen de reclame te beveiligen, niet voldoende is dat door hem op den vrachtbrief werd gekocht, het, om den pandhouder voor reclame te vrijwaren, wèl voldoende is, dat hem de vrachtbrief werd verpand.

Na lange beraadslagingen — het Ontwerp dagteekent reeds van 1886 — is in België eene wet tot stand gekomen (Wet van 10 April 1890) op de toekenning der academische graden en de inrichting der universitaire examens. Wij ontleenen daaraan de voornaamste bepalingen, die op de rechtsstudie betrekking hebben. Van den aanstaanden jurist wordt achtereenvolgens gevorderd:

I. overlegging van het bewijs, dat hij met vrucht gedurende minstens zes jaren een gymnasialen cursus heeft gevolgd, de rhetorica daaronder begrepen. Een „voorbereidend examen" kan daarvoor in de plaats treden;

II. examen voor den graad van candidaat in de wijsbegeerte en letteren. Dit loopt over de volgende vakken: 1°. vertaling van een Latijnschen tekst en verklaring van een Latijnschen schrijver; 2°. geschiedenis der Fransche *of* Vlaamsche letterkunde ter keuze van den candidaat; eenige kennis van de voornaamste moderne literaturen; 3°. ethica en logica; 4°. psychologie, daaronder begrepen de elementaire begrippen van anatomie en physiologie, die bij deze studie noodig zijn; 5°. het natuurrecht (!); 6°. de staatkundige geschiedenis der Oudheid en der Middeleeuwen; de moderne staatkundige geschiedenis; 7°. de binnenlandsche staatkundige geschiedenis van België; 8°. noties over de geschiedenis van onzen tijd; 9°. noties over de staatkundige instellingen van Rome. Bovendien kunnen de studenten verlangen ondervraagd te worden over de geschiedenis der Fransche *en* Vlaamsche literatuur; in geval van slagen in beide vakken, wordt daarvan op het diploma melding gemaakt;

III. examen voor den graad van candidaat in de rechten omvattende: 1°. de encyclopedie van het recht; 2°. de Instituten van het Romeinsche recht; 3°. historische inleiding tot het burgerlijk recht; 4°. het publiek recht. — Deze vakken maken het onderwerp uit van één examen en van minstens één studiejaar;

IV. examen voor den graad van doctor in de rechten, loopende over: 1°. de Pandekten; 2°. het burgerlijk recht (den geheelen Code civil); 3°. het strafrecht en de beginselen der strafvordering; 4°. de staathuishoudkunde; 5°. de beginselen van het handelsrecht; 6°. de beginselen van de rechterlijke inrichting en bevoegdheid en van de burgerlijke rechtsvordering; 7°. de beginselen van het volkenrecht en van het internationaal privaatrecht; 8°. de beginselen der fiscale wetten, die met het notariaat in verband staan; 9°. het administratief recht. — Deze vakken vormen het onderwerp van twee of drie examens en van minstens twee studiejaren.

In meer dan een opzicht wijkt dit programma af van dat van het Ontwerp. De *Pandectes* zijn behouden, na een zeer levendigen strijd in verschillende brochures gevoerd, o. a. tusschen Prof. Nyssens, die dit vak als verplicht studie- en examenvak bestreed, en Prof. van Wetter, die het met groote warmte er voor opnam.

Nog behoort tot de academische graden die van candidaat-notaris; art. 17 omschrijft de niet gemakkelijke eischen voor het verwerven van dezen graad.

In het 5de Hoofdstuk over het rechtsgevolg der graden komt nog de opmerkelijke bepaling voor, dat in de aldaar vermelde provinciën na 1 Jan. 1895 niemand tot rechter of notaris benoembaar zal zijn, die niet door een examen van zekere mate van kennis der Vlaamsche taal heeft doen blijken.

Op de damesquaestie (zie *Rechtsg. Mag.*, dl. 9, bl. 290) slaat art. 52, luidende: Vrouwen kunnen de academische graden verkrijgen. Bovendien kunnen zij de rechten uitoefenen, die verbonden zijn aan de graden van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, en van apotheker. — De graad van doctor in de rechten zal hun dus slechts theoretisch genot verschaffen!

Duitschland. — Eene wet van 29 Juli 1890 regelt de inrichting der „Gewerbegerichte“, rechtbanken ter berechting van geschillen, tusschen patroons en werklieden en deze laatsten onderling voortspruitende uit de dienstbetrekking.

Vóór de uitvaardiging dezer wet waren allerlei verschillende colleges met de rechtspraak in deze geschillen belast. In de

eerste plaats de conseils de prud'hommes in de Rijnprovincie en Elzas-Lotharingen, en eenige andere gerechten van dien aard, o. a. in Saksen. Deze worden met den 1sten April 1892 opgehoven, tenzij hunne samenstelling met de voorschiften der nieuwe wet overeenstemt. In de tweede plaats bestaan er „Schiedsgerichte", opgericht krachtens „Ortsstatut" (eene verordening van den gemeenteraad): art. 120*a* al. 3 der wet op de bedrijven (Gewerbeordnung). Deze blijven bestaan, doch de verordeningen, waarbij ze ingesteld en ingericht werden, moeten binnen twee maanden na de in-werking-treding der nieuwe wet (1 April 1891) met deze in overeenstemming worden gebracht. Volgens genoemde § 120*a* der wet op de bedrijven worden de bedoelde geschillen door het hoofd der gemeente beslist, indien ter plaatse geen bijzondere gerechten bestaan. De tegenwoordige wet regelt deze bevoegdheid van het hoofd der gemeente opnieuw. Eindelijk treft men aan „Innungsschiedsgerichte", opgericht ingevolge § 97*a* nº. 6 der wet op de bedrijven [1]). Waar deze bestaan of in het vervolg opgericht worden, sluiten zij binnen de grenzen hunner bevoegdheid de bevoegdheid van andere „Gewerbegerichte" uit.

De „Gewerbegerichte" der nieuwe wet worden voor eene bepaalde gemeente ingesteld bij gemeenteverordening. Ook kunnen zich gemeenten vereenigen voor de oprichting van één gerecht. Vóór de oprichting moeten uit de belanghebbende kringen een voldoend aantal personen worden gehoord. De bevoegdheid der gerechten is niet beperkt door de waarde van het onderwerp des geschils, wel kan zij beperkt worden tot bepaalde bedrijven of een bepaald deel eener gemeente. De rechters bestaan uit een voorzitter, door den magistraat of den gemeenteraad te benoemen, en vier bijzitters, waarvan twee door de werkgevers uit hun midden, en twee door de werklieden eveneens uit hun midden worden gekozen. Het ambt van bijzitter is een eereambt. De procedure wordt in de wet uitvoerig geregeld; zij is zeer eenvoudig. Vertegenwoordiging of verdediging door advocaten en zaakwaarnemers is uitdrukkelijk verboden. Van de beslissingen van het Gewerbegericht staat hooger beroep op het „Landgericht" open, indien het onderwerp des geschils meer dan 100 Mark bedraagt.

---

[1]) Verg. over den rechtstoestand vóór de vaststelling der wet van Juli jl. meer uitvoerig I. M. J. van Rossem, *over de berechting van geschillen tusschen patroons en werklieden*, Prft., 1889, en W. Stieda, *das Gewerbegericht*, 1890.

De wet regelt voorts het optreden van het „Gewerbegericht" als Raad van verzoening, in geval van strijd tusschen patroons en werklieden over de voorwaarden waarop de arbeid zal worden voortgezet of hervat. Ook is het „Gewerbegericht" een adviseerend lichaam. Het is verplicht op verzoek van „Staatsbehörden" van raad te dienen omtrent vragen rakende de bedrijven (gewerbliche Fragen). De geheele wet telt 84 uitvoerige artikels.

Een belangrijk feit in de geschiedenis van het internationaal recht. — Den 14den October 1890 werd te Bern door de gedelegeerden van de betrokken landen de internationale overeenkomst betreffende het goederenvervoer langs spoorwegen, den 17den Juli 1886 te Bern vastgesteld, onderteekend. (Men verg. het *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1886, bl. 640, en het proefschrift van Mr. C. D. Asser Jr., *Internationaal goederenvervoer langs spoorwegen*, 1887, waarin men den tekst der overeenkomst vindt afgedrukt).

B. Diversa.

In den afgeloopen zomer stierf een der meest bekende volkenrechtsleeraars, August von Bulmerincq. Te Riga geboren in 1822, trad hij in 1854 op als privaatdocent te Dorpat — met eene verhandeling over het asylrecht in zijne geschiedkundige ontwikkeling; in 1858 werd hij aan dezelfde Universiteit tot gewoon hoogleeraar in het Staats- en Volkenrecht benoemd. In 1873 nam hij deel aan de oprichting van het *Institut de droit international* te Genève; sedert 1877 was hij rapporteur der commissie van dat Instituut voor de vragen van zeeoorlogsrecht. In verband met deze werkzaamheid legde hij zijne betrekking te Dorpat neder en vestigde zich in Duitschland. Na Bluntschli's overlijden in 1881 werd hij geroepen den Heidelbergschen leerstoel in te nemen. Tot zijn dood bleef hij daar werkzaam. Onder zijne geschriften uit de laatste jaren is vooral van belang zijne bijdrage over het volkenrecht in Marquardsen's *Handbuch des öffentlichen Rechts.*

Door de Italiaansche Regeering wordt eene photographische reproductie voorbereid van het beroemde Florentijnsche handschrift der Pandekten. Deze publicatie heeft plaats met medewerking van het Ministerie van Justitie en onder toezicht van eene commissie, die door den Minister van Onderwijs zal worden

benoemd. De technische uitvoering wordt opgedragen aan het militaire topographische Instituut te Florence, waar op gelijke wijze een Aeschylus-handschrift, eveneens uit de Laurentiaansche Bibliotheek, wordt bewerkt. Prof. Scialoja, die proeven van laatstgenoemde uitgave heeft gezien, verklaart dat de technische middelen volkomen zullen beantwoorden aan de wetenschappelijke beteekenis der onderneming. Door de beoefenaars van het Romeinsche recht en zijne geschiedenis wordt het geprojecteerde werk van groote waarde geacht. Vooreerst zal daardoor een ieder in de gelegenheid worden gesteld, te allen tijde het manuscript zelf te raadplegen. Nog onlangs is door de onderzoekingen van Prof. Zdekauer gebleken, dat nauwkeurige bezichtiging van het handschrift, ondanks alle moeite die daaraan reeds is besteed, aanleiding kan geven tot nieuwe ontdekkingen. Verder is het van belang dat men, bij het bestaan van een facsimilé, minder beducht behoeft te zijn voor gevaren, waaraan het handschrift zelf altijd blootgesteld is. — Nadere bijzonderheden vindt men in het *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, Anno III, pag. 13—18.

Met betrekking tot de rechtsgeleerde studie in Frankrijk heeft de President der Republiek onlangs een besluit genomen (Decreet van 7 Juli 1890), dat als teeken des tijds belangrijk mag genoemd worden. Op advies van den *Conseil de la faculté de droit* en den *Conseil général des Facultés de Paris* is eene wijziging vastgesteld van de inrichting der zes leerstoelen voor burgerlijk recht, die bij de Parijsche faculteit bestaan. Twee daarvan zullen voortaan bestemd zijn voor de vergelijkende en grondige behandeling (*enseignément approfondi et comparé*) van het civiele recht; de vier andere blijven meer bijzonder gewijd aan de studie van den Code civil. De verandering is te danken aan de langzamerhand ontwaakte overtuiging, dat eene wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht zich niet mag bepalen tot de studie van het geldende wetboek, maar ook het oog dient gericht te houden op hetgeen in naburige landen geschiedt. Door Bufnoir, Saleilles en anderen is bepaaldelijk eene levendige belangstelling opgewekt voor het Duitsche Ontwerp Burg. Wetb.

In onzen jaargang 1887, bl. 143, maakten wij melding van de volgende prijsvraag, uitgeschreven door de Beiersche Academie van Wetenschappen: een onderzoek naar het aandeel, dat de leges, plebiscita en senatusconsulta bij de vorming van het

Romeinsche civielrecht hebben gehad. Als onherroepelijke inzendingstermijn was bepaald 1 Augustus 1889. Thans wordt medegedeeld, dat slechts één antwoord is ingekomen, hetwelk echter zoo weinig aan de gestelde eischen voldeed, dat de uitgeloofde prijs niet kon worden toegekend. De Academie heeft er van afgezien, dezelfde vraag opnieuw uit te schrijven. Ditmaal is dus het succes minder groot geweest dan bij eene vorige gelegenheid, toen Lenel's uitnemende arbeid over het Praetorische Edict (zie *Rechtsg. Mag.*, 1884, 3, bl. 119) met den hoogsten lof kon worden bekroond.

Het Bestuur der Nederlandsche Juristenvereeniging heeft voor de algemeene vergadering, te Leiden in Juli 1891 te houden, aan de orde gesteld de navolgende onderwerpen:

I. In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen? Praeadviseurs: Mrs. M. J. Pijnappel en W. J. Karsten.

II. De regeling der administratieve rechtspraak. Praeadviseurs: Mrs. J. T. Buijs en S. van Houten.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN.

Themis, dl. 51. — N°. 3. Wttewaall, de troonopvolging in het geslacht van Koning Willem I. — v. Geuns, het in bewaring stellen van beschonkenen door Rijksveldwachters. — v. Stipriaan Luïscius, de rechten des verdedigers. — v. Tricht, de mijnwet v. 21 Apr. 1810 uit een privaatrechtelijk oogpunt beschouwd. — Scholten, nog eens compensatie; — een drietal geschillen tusschen de vaderlijke macht en de voogdij, en een geschil van vaderlijke macht nà de meerderjarigheid, bij afwezigheid van den vader. — v. d. Biesen, beschouwingen omtrent het ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek. — Telting, nasprokkelingen op het veld van het Oud-Friesche recht, II. — N°. 4. Vos, overzicht van rechterlijke beslissingen betreffende publiek recht in Nederland. — Bake, overzicht van het verhandelde in de Provinciale Staten in 1889. — Krabbe, is de kantonrechter — naar aanleiding van art. 289 Rv. in kort geding voor den Pres. der Arr. Rb. verschenen — partij in dat geding, zoodat hij in de kosten van het geding kan worden verwezen? — Sickenga, bijdragen tot de geschiedenis der Nederlandsche financiën.

Tijdschrift voor Strafrecht, dl. 5, afl. 1. — Van der Hoeven, over de onbetrouwbaarheid en de onvolledigheid onzer recidivisten-statistiek (I). — Roessingh, art. 47 Wb. v. Strafrecht, in 't bijzonder mededaderschap, in verband met enkele andere strafbepalingen. — Simons, Aanteekeningen op artt. 225—227 Wetb. van Strafrecht (I). — Van der Does de Willebois, de strafrechtspleging bij de Kantongerechten. — Van der Hoeven, een verongelukt artikel. — Petit, strafrechtelijke Bibliographie (1 Juli—15 Aug. 1890).

Revue de droit international, t. 22. — N°. 3. Geffcken, question des pêcheries de Terre-Neuve et sur les côtes des États-Unis d'Amérique et de Canada. — Gamboa, l'affaire Cutting. — Ferguson, les réformes judiciaires en Chine et dans le royaume de Siam. — Rolin, l'union internationale de droit pénal. Ses travaux pendant la première session (1889) et les

novateurs du droit pénal. — Chronique des conférences internationales de 1889. — Nº. 4. Barclay, le droit de visite, le trafic des esclaves et la conférence antiesclavagiste de Bruxelles, I. — Engelhardt, de la condition juridique des consuls. — R. J., chronique des arbitrages internationaux.

Law Quarterly Review, vol. 6, nº. 24. — Digby, the law of criminal conspiracy in England and Ireland. A reply. — Mc. Ilwraith, the bourgoise case in London and Paris. — Craies, the compulsion of subjects to leave the realm. — 1. Vaizey, 2. Blakesley, remoteness and perpetuity. — Manson, tinkering company law. — Buckland, difficulties of abstract jurisprudence. — 1. Pollock, 2. Elphinstone, gifts of chattels without delivery.

The Law Magazine and Review, nº. 277, Aug. 1890. — Robertson, the Newfoundland fisheries dispute. — Gover, primitive society: the horde theory.

Jahrbücher f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 30, H. 1. — Kahn, Gesetzeskollisionen, ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts.

Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 76, H. 3. — Altsmann, Vormundschaft und elterliche Gewalt nach dem Entwurf eines bürg. GB. f. d. deutsche Reich. — Schneider, Rentengut und Rentenprinzip nach dem Entwurfe u.s.w. — Wendt, über die Beweislast bei der rei vindicatio. — Schollmeyer, kritische Bemerkungen zur Lehre von dem Umfang der Rechtskraft bei Theilansprüchen.

Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 37, H. 3/4. — Hecker, die rechtliche Natur der Prämienreserve bei der Lebensversicherung. — Ofner, zur Lehre vom Kostgeschäft. — Schlodtmann, das Recht der Handelsgesellschaft im Verhältniss zu dem Recht anderer Erwerbsgesellschaften nach dem Entw. eines bürg. Ges. f. d. Dt. R. — Affolter, zur Theorie des Inhaberpapiers und Wechsels.

Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 4, H. 2. — von Canstein, Check, Wechsel und deren Deckung. — Ring, neue handelsrechtliche Literatur.

Goltdammer's Archiv f. Strafrecht, Bd. 37. — H. 4. Kleinfeller, die Bekämpfung des Verbrechens. — Zucker, ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch. — Hilse, Thatbestand des § 153 der Gewerbe-Ordnung. — H. 5. v. Ku-

nowski, sind die Urtheile der Schöffengerichte unbedingt nichtig wenn der vorsitzende Amtsrichter alsbald nach Abschluss des Protokolls verstorben ist, bevor usw. — Dalcke, kann nach § 211 Konk.O. neben dem Schuldner auch der begünstigte Gläubiger wegen Theilnahme (Beihilfe oder Anstiftung) an dem Delikte des Schuldners bestraft werden? — Schütze, ist derjenige, welcher unter Vorlegung eines gefälschten Attestes des Amtsvorstehers über einen ihm durch Brandunglück angeblich erwachsenen Schaden bettelt, wegen Urkundenfälschung aus §§ 267, 268 bis 270 oder nur wegen Uebertretung des § 363 St.G.B. zu bestrafen?

Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 10, H. 5/6. — Frassati, die neue positive Schule des Strafrechts in Russland. — Juliusberg, die ergebnislosen Vorverfahren und die Praxis der Staatsanwaltschaft. — v. Liszt, die Gutachten der Präsidenten der Oberlandesgerichte und der Oberstaatsanwälte (Preussens) über die sog. „bedingte Verurteilung“.

Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 9, H. 1/2. — Bernhöft, altindische Familienorganisation. — Wesnitsch, die Blutrache bei den Südslaven (Schluss). — Pappenheim, der Entwurf eines schwedischen Seegesetzes von 1887. — Neubauer, Ehescheidung im Auslande (Schluss). — Hachenburg, Entwurf des ungarischen Erbrechtes. — Bernhöft, Sprachvergleichung und Urgeschichte. — Neubauer, das Erbrecht in dem neuen Gesetzbuche von Costarica von 1886.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. — Germ. Abth. Bd. 11, H. 1. v. Brünneck, die Aufhebung der Leibeigenschaft durch die Gesetzgebung Friedrichs des grossen und das Allgemeine Preussische Landrecht (Schluss). — Brunner, Abspaltungen der Friedlosigkeit. — Liesegang, zur Verfassungsgeschichte der Stadt Köln, vornehmlich im 12. und 13. Jahrhundert. — v. Pflugk-Hartung, zur Thronfolge in den germanischen Stammesstaaten. — Wasserschleben, über die Succession in Fuldische Lehne. — Rom. Abth. Bd. 11, H. 2. Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen (II). — Eisele, zu Gajus. — Erman, Beiträge zur Publiciana. — Ferrini, de Justiniani Institutionum compositione conjectanea. — Gradenwitz, das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter. — Hölder, Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft. — H. Krüger, zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei judicia. — Kübler, zu Cicero

de legibus II, 19—21. — Kübler, Emendationen des Pandektentextes. — Mommsen, zu Papinians Biographie. — Mommsen, Inschrift von Kos. — Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten. — Schmidt, das Recht der Superficies. — Sokolowski, zur sog. exceptio divisionis.

Nouvelle Revue historique du droit franç. et étr., 14e année. — No. 3. Barckhausen, essai sur le régime législatif à Bordeaux au moyen-âge. — Rébouis, les coutumes de l'Agenais. Mondar-Monflanquin (1256—70), Saint-Maurin (1358). — Planiol, les appropriances par bannies dans l'ancienne province de Bretagne. — Kovalevsky, études sur le droit coutumier russe. — No. 4. Audibert, essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain. — Glasson, de la possession et des actions possessoires au moyen-âge. — Douais, la coutume de Montoussin.

Revue crit. de législation et de jurisprud., 39e année. — No. 5. Examen doctrinal (Planiol, jurisprudence civile). — Sauzet, le livret obligatoire des ouvriers (suite). — No. 6. Examen doctrinal (Chausse, droit international). — Sauzet, le livret obligatoire des ouvriers (fin). — Pascaud, de l'imprescriptibilité des biens des communes par rapport à leurs maires. — Zéglicki, le nu-propriétaire et l'usufruitier sont-ils dans l'indivision? — No. 7/8. Examen doctrial (Massigli, jurisprudence civile). — Merlin, étude sur la responsabilité civile des ministres vis à vis de l'Etat. — Jacques, de la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1791.

Annales de droit commercial, 4e année. — No. 4. Nau, du contrôle de la justice sur la formation des sociétés par actions. — Chronique de législation etc. (Belgique, France). — No. 5. Wahl, de la perte et du vol des titres au porteur en droit international.

Il diritto commerciale, Vol. 8. — Fasc. 4. Vidari, i raccomandatarii secondo la giurisprudenza. — de Rossi, il recesso dei soci nelle società di fatto. — Fasc. 5. Vidari, se i creditori del fallito possono fare testimonianza in questioni riguardanti il fallimento. — Cottarelli, la dottrina e la pratica intorno alle medaglie e ricompense industriali. — Sraffa, se i liquidatori di società commerciali possano concedere ipoteche.

The New Jersey Law Journal, Vol. 13. — Nos. 8/10. Editorial notes.